# บทที่ 2
# วรรณกรรมที่เกี่ยวข้อง

## 1. แนวคิดเกี่ยวกับหลักความยินยอม

หลักความยินยอมคือการแสดงเจตนาของผู้เสียหายหรือผู้มีอำนาจกระทำการแทนผู้เสียหายที่จะยินยอมให้ผู้อื่นมาก่อให้เกิดความเสียหายโดยการจงใจปล่อยให้เหตุการณ์อย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้นโดยไม่ขัดขวางทั้งที่สามารถขัดขวางได้เป็นการแสดงความประสงค์ที่จะให้เกิดเหตุการณ์เช่นนั้นขึ้นซึ่งลักษณะทางกฎหมายของหลักความยินยอมเช่นผู้ให้ความยินยอมต้องเป็นผู้มีความสามารถในการให้ความยินยอมวิธีการให้ความยินยอมอาจแสดงออกด้วยการกระทำอย่างหนึ่งโดยตนเองหรือให้ผู้อื่นกระทำแทนตนซึ่งทำให้เข้าใจว่าตนอนุญาตให้ทำยกเว้นแต่ในกรณีพิเศษอย่างยิ่งเท่านั้นที่การนิ่งไม่ขัดขวางอาจถือได้ว่าเป็นความยินยอมเพราะเป็นที่เข้าใจกันโดยปกติทั่วไปว่าการนิ่งเช่นนั้นเป็นการยินยอมและการแสดงออกซึ่งความประสงค์อันถือได้ว่าเป็นความยินยอมอาจแสดงออกโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้และผลของความยินยอมคือถ้ามีความเสียหายใดๆ เกิดขึ้นจากการกระทำผู้กระทำไม่ต้องรับผิดในความเสียหายที่เกิดขึ้นนั้นอย่างไรก็ตามถ้าเป็นความตกลงหรือความยินยอมของผู้เสียหายสำหรับการกระทำที่ต้องห้ามชัดแจ้งโดยกฎหมายหรือขัดต่อความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชนจะนำมาอ้างเป็นเหตุยกเว้นหรือจำกัดความรับผิดเพื่อละเมิดมิได้

### 1.1 หลักความยินยอมของผู้เสียหายไม่ทำให้การกระทำเป็นละเมิด

ในสมัยโรมันหากมีผู้กระทำละเมิดจนเป็นเหตุให้ผู้อื่นเกิดความเสียหายผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำนั้นชอบที่จะแก้แค้นเอากับผู้ก่อความเสียหายให้สาสมซึ่งการแก้แค้นนี้ในกฎหมายยุโรปเรียกว่าหลักตาต่อตา ฟันต่อฟัน แต่ผู้เสียหายสามารถเลือกว่าจะแก้แค้นหรือจะให้อภัยต่อการกระทำนั้นโดยขอค่าทำขวัญแทนก็ได้ ในยุคต่อมาสังคมเจริญก้าวหน้าขึ้น สิทธิมนุษยชนได้รับการยอมรับมากขึ้น การแก้แค้นทดแทนเริ่มถูกมองว่าเป็นวิธีที่มีจุดเริ่มต้นขึ้นในกฎหมายโรมันที่ยอมรับการที่พลเมืองชาวโรมันขายตัวเองเป็นทาสได้ ต่อมาได้มีการนำเอาหลักนี้ไปประยุกต์ใช้กับกฎหมายละเมิดและส่งผลให้การกระทำละเมิดที่เกิดจากความยินยอมของผู้เสียหายไม่อาจนำคดีมาฟ้องร้องต่อศาลได้ไม่ว่าผู้เสียหายจะให้ความยินยอมโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ตามหลักความยินยอมของผู้เสียหายทำให้ไม่เป็นละเมิด เป็นหลักการที่มีจุดเริ่มต้นขึ้นในกฎหมายโรมันที่ยอมรับการที่พลเมืองชาวโรมันขายตัวเองเป็นทาสได้ ต่อมาได้มีการนำเอาหลักนี้ไปประยุกต์ใช้กับกฎหมายละเมิดและส่งผลให้การกระทำละเมิดที่เกิดจากความยินยอมของผู้เสียหายไม่อาจนำคดีมาฟ้องร้องต่อศาลได้ไม่ว่าผู้เสียหายจะให้ความยินยอมโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ตาม

**1.2 เปรียบเทียบหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดทางแพ่ง Volentinon fit injuria กับหลักความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายในทางอาญา Innocent Consent**

Innocent Consent หลักความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายในทางอาญา[29] ปรากฏอยู่ในโครงสร้างความรับผิดทางอาญาแบ่งเป็น 2 ส่วน คือ ในส่วนองค์ประกอบของความผิดทางอาญา และส่วนความรับผิดทางอาญากล่าวคือ

***1.2.1 ความยินยอมที่อยู่ในส่วนองค์ประกอบของความผิดทางอาญา*** เมื่อผู้ถูกกระทำได้ยินยอมให้กระทำการนั้นแล้วย่อมไม่มีความผิดเกิดขึ้น เพราะความยินยอมทำให้องค์ประกอบภายนอกของความผิดขาดหายไป เช่น ความผิดฐานลักทรัพย์ตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 334 บัญญัติว่า “ผู้ใดเอาทรัพย์ของผู้อื่นหรือที่ผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วยไปโดยทุจริต ผู้นั้นกระทำความผิดฐานลักทรัพย์ ต้องระวางโทษ...” ถ้าผู้เสียหายยอมให้ผู้กระทำเอาทรัพย์ของตนไป องค์ประกอบภายนอกของการกระทำความผิดย่อมขาดหายไปเพราะไม่มีการ “เอาไป” เพราะจะเป็นความผิดตามมาตรานี้ได้จะต้องมีการเอาไป ซึ่งมีความหมายว่าเป็นการเอาทรัพย์ของผู้อื่นเคลื่อนที่ไปในลักษณะตัดกรรมสิทธิ์ของเจ้าของเดิม เมื่อผู้เสียหายยินยอมการกระทำของผู้กระทำจึงไม่เป็นความผิดเพราะขาดองค์ประกอบของความผิดนั่นเองอีกตัวอย่างหนึ่งก็คือความผิดเกี่ยวกับเสรีภาพตามประมวลกฎหมายอาญามาตรา 309 ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดข่มขืนใจผู้อื่นให้กระทำการใด ไม่กระทำการใด หรือจำยอมต่อสิ่งใด โดยทำให้กลัวว่าจะเกิดอันตรายต่อชีวิต ร่างกาย เสรีภาพ ชื่อเสียงหรือทรัพย์สินของผู้ถูกข่มขืนใจนั้นเองหรือของผู้อื่น หรือโดยใช้กำลังประทุษร้ายจนผู้ถูกข่มขืนใจต้องกระทำการนั้น ไม่กระทำการนั้นหรือจำยอมต่อสิ่งนั้น...” ถ้าผู้เสียหายยินยอมทำตามโดยที่ไม่ได้เกิดจากการบังคับของผู้กระทำเช่นนี้ย่อมถือว่าองค์ประกอบภายนอกของการกระทำความผิดตามมาตรา 309 ได้ขาดหายไปการกระทำของผู้กระทำย่อมไม่เป็นความผิด

***1.2.2 ความยินยอมที่อยู่ในส่วนความรับผิดทางอาญา*** กล่าวคือ เป็นความยินยอมที่ผู้เสียหายยอมสละประโยชน์ที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองปัจเจกชนนั้นๆ เช่น ความผิดเกี่ยวกับทรัพย์ตามมาตรา 358 ซึ่งบัญญัติว่า “ผู้ใดทำให้เสียหายทำลายทำให้เสื่อมค่าหรือทำให้ไร้ประโยชน์ซึ่งทรัพย์ของผู้อื่นหรือผู้อื่นเป็นเจ้าของรวมอยู่ด้วย ผู้นั้นกระทำความผิดฐานทำให้เสียทรัพย์... ”ดังนั้นเมื่อผู้เป็นเจ้าของทรัพย์ยอมให้ผู้อื่นทำลายทรัพย์ของตนซึ่งเท่ากับยอมสละสิ่งที่กฎหมายคุ้มครอง ผู้กระทำจึงไม่มีความผิดอาญา แม้ว่าการกระทำจะครบองค์ประกอบความผิดก็ตามแต่อย่างไรก็ตามหากมีประโยชน์อื่นใดที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองเพื่อส่วนรวมแล้วแม้ว่าผู้เสียหายจะยินยอมสละสิ่งที่กฎหมายคุ้มครองตนไปก็ตาม ก็เป็นเพียงการสละประโยชน์ในส่วนของตนเท่านั้น ผู้เสียหายย่อมไม่มีอำนาจสละสิ่งที่กฎหมายมุ่งคุ้มครองประโยชน์ส่วนรวม การกระทำนั้นจึงยังเป็นความผิดอาญาอยู่ เช่นกรณีความผิดเกี่ยวกับเพศตามมาตรา 277 ที่บัญญัติว่า “ผู้ใดกระทำชำเราเด็กอายุยังไม่เกินสิบห้าปี ซึ่งมิใช่ภริยาหรือสามีของตนโดยเด็กนั้นจะยินยอมหรือไม่ก็ตาม...” เนื่องจากคุณธรรมของกฎหมายในมาตรานี้มุ่งคุ้มครองไม่ให้เด็กมีเพศสัมพันธ์ก่อนวัยอันสมควร

---

[29]แสวง บุญเฉลิมวิภาส. (2546). หลักกฎหมายอาญา พิมพ์ครั้งที่ 4 กรุงเทพฯ สำนักพิมพ์วิญญูชน หน้า 46.

***1.2.3 ความยินยอมที่พึงสันนิษฐานได้*** เป็นความยินยอมประเภทหนึ่งที่อยู่ระหว่างความยินยอมตามปกติและความยินยอมตามความจำเป็นและจะถูกนำมาใช้ต่อเมื่อไม่อาจบอกความยินยอมที่แท้จริงได้ เช่น การที่แพทย์ทำการผ่าตัดผู้ป่วยที่หมดสติอยู่ แล้วมีความจำเป็นต้องตัดขาผู้ป่วยเพื่อรักษาชีวิตกรณีย่อมสันนิษฐานได้ว่าผู้ป่วยยินยอม กรณีนี้แพทย์ย่อมไม่มีความผิดฐานทำร้ายร่างกายแม้ว่าเมื่อผู้ป่วยฟื้นขึ้นมาอาจจะยินดีที่จะตายมากกว่าการถูกตัดขาก็ตาม ซึ่งหลักการนี้ไม่ปรากฏในกฎหมายอาญาของไทยแต่เป็นหลักที่ปรากฏในต่างประเทศเช่น เยอรมันที่มีการนำหลักการนี้มาปรับใช้แก่คดี

แม้หลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดทางแพ่ง Volenti non fit injuria[30]กับหลักความยินยอมอันบริสุทธิ์ของผู้เสียหายในทางอาญา Innocent Consentจะเป็นหลักที่ให้ผู้กระทำหรือจำเลยสามารถยกความยินยอมของผู้เสียหายขึ้นเป็นข้อต่อสู้เพื่อปฏิเสธความรับผิดเช่นเดียวกันก็ตาม แต่หากพิจารณาวัตถุประสงค์ของกฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญาแล้วจะเห็นว่ากฎหมายแพ่งและกฎหมายอาญานั้นมีวัตถุประสงค์เพื่ออำนวยความยุติธรรมที่แตกต่างกัน กล่าวคือ กฎหมายแพ่งมีวัตถุประสงค์เพื่อควบคุมความสัมพันธ์ระหว่างเอกชนกับเอกชนและมุ่งเยียวยาผู้เสียหายให้กลับสู่ฐานะเดิมเสมือนไม่มีความเสียหายเกิดขึ้นให้ได้มากที่สุด แต่วัตถุประสงค์ของกฎหมายอาญานั้นมีความมุ่งหมายที่จะควบคุมความประพฤติของบุคคลในสังคมให้อยู่ด้วยกันด้วยความสงบเรียบร้อยและปลอดภัย โทษทางอาญาจึงเป็นเครื่องมือหรือมาตรการที่จะจัดการผู้กระทำความผิดและป้องปรามการกระทำความผิด ดังนั้นการกล่าวอ้างหลัก Innocent Consent ตามกฎหมายอาญานั้นย่อมไม่อาจอ้างความยินยอมของผู้เสียหายในเรื่องที่ขัดต่อความสงบเรียบร้อยและศีลธรรมอันดีของประชาชนขึ้นกล่าวอ้างเพื่อปฏิเสธความรับผิดได้ ส่วนการกล่าวอ้างหลัก Volenti non fit injuria ในทางแพ่งนั้นขอเพียงผู้ให้ความยินยอมมีความเข้าใจในสภาพของการให้ความยินยอมและความยินยอมนั้นไม่ได้ร้ายแรงถึงขั้นที่สังคมไม่อาจยอมรับได้ผู้กระทำย่อมสามารถนำความยินยอมเช่นว่านี้ขึ้นกล่าวอ้างเพื่อปฏิเสธความรับผิดของตนได้

**1.3 เปรียบเทียบหลัก Volentinon fit injuria กับหลัก Exturpi non oritur action**

หลักเรื่องการกระทำที่ผิดศีลธรรมไม่อาจเป็นเหตุให้ฟ้องคดี หรือ Ex turpi non oritur action เป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่วางหลักว่าหากมีความเสียหายอย่างใดอย่างหนึ่งเกิดขึ้นและความเสียหายนั้นเป็นผลมาจากการกระทำที่ผิดศีลธรรมของผู้เสียหายเองหรือผู้เสียหายเป็นผู้มีส่วนร่วมในการกระทำนั้น ผู้เสียหายย่อมไม่มีสิทธิที่จะเรียกร้องสิ่งใดจากการกระทำผิดศีลธรรมของตนเองนั้นได้ ซึ่งแม้จะเป็นหลักการที่ใกล้เคียงกับหลักความยินยอมไม่ทำให้การกระทำเป็นละเมิด Volenti non fit injuria แต่มีข้อแตกต่างกันดังนี้

หลัก Volenti non fit injuria เป็นกรณีที่ผู้ก่อให้เกิดความเสียหายใช้ยกเป็นข้อต่อสู้เพื่อปฏิเสธความรับผิดของตน เช่น ก. ยอมให้ ข ชกหนึ่งทีภายหลัง ก จะมาฟ้อง ข เพื่อเรียกร้องค่าเสียหาย ข ย่อมยกความยินยอมของ ข มาปฏิเสธความรับผิดได้ แต่หลัก Ex turpi non oritur action เป็นกรณีที่ศาลใช้อ้างเพื่อปฏิเสธข้อเรียกร้องตามคำฟ้อง เช่น ก แอบเข้าไปขโมยของในบ้าน ข จึงถูก

---

[30]ศนันท์กรณ์ (จำปี) โสตถิพันธุ์. (2550). *คำอธิบายกฎหมายลักษณะละเมิด จัดการงานนอกสั่ง และลาภมิควรได้* คณะนิติศาสตร์ จุฬาลงกรณ์มหาวิทยาลัย หน้า 133.

สุนัขที่ ข เลี้ยงไว้กัด ก จะนำคดีมาฟ้องเพื่อเรียกร้องค่าเสียหายที่ถูกสุนัขกัดไม่ได้เพราะการกระทำของ ก ผิดศีลธรรมมาแต่ต้นหลัก Volenti non fit injuria ความเสียหายที่เกิดขึ้นแก่ตัวผู้เสียหายเป็นผลมาจากความต้องการของผู้เสียหายเอง เช่น ก ยอมให้ ข เผาหนังสือของตน ก ย่อมต้องรู้อยู่แล้วว่าการที่ตนยินยอมเช่นนั้นย่อมก่อให้เกิดความเสียหายขึ้น ดังนั้น ข ย่อมยกความยินยอมของ ข ขึ้นเป็นข้อแก้ตัวได้ ส่วนหลัก Ex turpi non oritur action นั้น ผู้เสียหายไม่ได้ประสงค์ให้เกิดความเสียหายแก่ตนแต่ความเสียหายที่เกิดขึ้นมาจากผู้เสียหายเป็นคนกระตุ้นให้เกิด เช่น การที่ ก แอบเข้าไปขโมยของในบ้าน ข แต่ถูกสุนัขของ ข กัด ได้รับบาดเจ็บเช่นนี้ ก. ไม่ได้ต้องการให้สุนัขกัดแต่การที่ถูกสุนัขกัดก็เนื่องจาก ก ได้เข้าไปในบ้าน ข เองหลัก Volenti non fitinjuria ความยินยอมของผู้เสียหายจะนำมาปฏิเสธความรับผิดทางละเมิดได้ก็ต่อเมื่อความยินยอมนั้นไม่ขัดกับหลักความสงบเรียบร้อยหรือศีลธรรมอันดีของประชาชน แต่หลัก Ex turpi non oritur action นั้น จะต้องมีการกระทำที่ผิดศีลธรรมเกิดขึ้นแล้ว ศาลจึงจะสามารถยกฟ้องของผู้เสียหายได้ผลของหลัก Volenti non fit injuria ทำให้ผู้ก่อความเสียหายไม่ต้องรับผิดต่อความเสียหายที่เกิดขึ้น ส่วนผลของหลัก Ex turpi non oritur action ทำให้ผู้เสียหายไม่อาจถือเหตุที่ตนได้ทำหรือมีส่วนร่วมในการทำผิดศีลธรรมมาฟ้องร้องต่อศาลได้

## 2. ความเป็นมาแห่งสิทธิของผู้ป่วยจากแนวคิดในทางสังคม

สิทธิ (Right) หมายถึง ประโยชน์ที่กฎหมายรับรองและคุ้มครองให้ คำว่า "สิทธิ" จึงมีความหมายว่า คือความชอบธรรมที่บุคคลอาจใช้ยันกับผู้อื่นเพื่อคุ้มครองหรือรักษาผลประโยชน์อันเป็นส่วนพึงมีพึงได้ของบุคคลนั้น[31] ดังนั้น "สิทธิของผู้ป่วย" ตามนิยามนี้ก็จะมีหมายถึง ความชอบธรรมที่ผู้ป่วยอาจจะใช้ยันกับบุคคลอื่นซึ่งได้แก่แพทย์หรือบุคคลากรทางการแพทย์ เพื่อคุ้มครองหรือรักษาผลประโยชน์อันเป็นส่วนพึงมีพึงได้ของผู้ป่วยนั่นเอง

### 2.1 ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วย

ลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยตั้งแต่อดีตถึงปัจจุบัน มีความแตกต่างกัน กล่าวคือ ในอดีตที่ยังไม่มีแพทย์หรือโรงเรียนแพทย์เกิดขึ้น ลักษณะของการรักษาพยาบาล เป็นกิจกรรมในครอบครัว ทุกคนต้องดูแลตนเอง ต่อมามีการรวมตัวเป็นชุมชน พระหรือหมอผี (Witch Docter) มีหน้าที่ดูแลรักษาพยาบาลคนในชุมชน พระหรือหมอผี ในยุคนั้นมีฐานะสูงกว่าสมาชิกในชุมชน สังคมให้ความเคารพนับถือและมีความศรัทธา เลื่อมใส ลักษณะการรักษาเป็นพิธีกรรมของศาสตร์ที่ลึกลับเกินกว่าความเข้าใจของผู้ป่วย ผู้ป่วยจึงมอบความไว้วางใจและศรัทธาให้กับพระหรือหมอผี ผู้รักษาเป็นผู้ตัดสินใจแทนผู้ป่วยทุกกรณี โดยเชื่อว่าผู้รักษาจะรักษาผลประโยชน์อย่างดีที่สุดของผู้ป่วย ความสัมพันธ์ระหว่างผู้รักษากับผู้ป่วยจึงมีลักษณะเชิงเกื้อกูลทำนองพ่อแม่รักษาดูแลลูกของตน การรักษาในลักษณะนี้จึงมิได้เพ่งเล็งไปที่ค่าตอบแทนที่ผู้รักษาจะได้รับจากผู้ป่วย[32]

ในระยะต่อมาแพทย์ได้แยกตัวจากพระหรือหมอผี โดยมีการเรียนแพทย์ในโรงเรียนแพทย์เกิดขึ้นซึ่งโรงเรียนแพทย์ที่มีชื่อเสียงในประเทศกรีกได้แก่โรงเรียนแพทย์ของฮิปโปเครติส

---

[31]วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ สิทธิผู้ป่วย. (2535).

[32]วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ จรรยาแพทย์ อดีต ปัจจุบัน และอนาคต หน้า 2.

(Hippocretes) การรักษาโดยใช้พื้นฐานทางวิทยาศาสตร์ ปัจจุบันฮิปโปเครติส ได้รับยกย่องว่าเป็นบิดาแห่งการแพทย์สากล แต่อาชีพแพทย์มักจำกัดอยู่ในกลุ่มของคนชั้นนำ ซึ่งมีฐานะทางสังคมสูงกว่าคนทั่วไป ดังนั้น ลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยแพทย์จะเป็นผู้ออกคำสั่ง และผู้ป่วยต้องปฏิบัติตาม โดยการรักษาอยู่ในกรอบของจริยธรรม และคุณธรรมในยุคนั้น ซึ่งในกรอบของจรรยาบรรณดังกล่าว แพทย์ผู้รักษาจะสามารถตัดสินใจแทนผู้ป่วย แม้จะไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยก็ตาม เนื่องจากฮิปโปเครติสได้สร้างการรักษาดีที่สุด (Best practice) ขึ้นมา โดยถือวาแพทย์จะต้องรักษาคนไข้อย่างดีที่สุด เปรียบประดุจบิดามารดาดูแลลูก เมื่อเป็นเช่นนั้นการขอความยินยอมหรือการแจ้งรายละเอียดให้แก่คนไข้และญาติเพื่อให้รับทราบวิธีการรักษาเพื่อขอความยินยอมจากคนไข้จึงลดความจำเป็น กลายมาเป็นเอกสิทธิ์ในการรักษาของแพทย์ (Therapeutic privilege)[33] แพทย์ผู้รักษาจะสามารถตัดสินใจแทนผู้ป่วยแม้จะไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ป่วย ด้วยเหตุผลที่ว่าแพทย์มีคุณสมบัติที่จะตัดสินใจรักษาผู้ป่วยได้ เมื่อแพทย์ประเมินว่าการรักษาจะเป็นประโยชน์ต่อผู้ป่วยและการรักษานั้นตั้งอยู่บนพื้นฐานความกรุณา รวมทั้งไม่ถือว่าเป็นการทำอันตรายต่อผู้ป่วย และผู้ป่วยก็ไม่สามารถใช้สิทธิตัดสินใจเกี่ยวกับการรักษาตนเองโดยอิสระ หรือมีส่วนร่วมในการรักษาแต่อย่างใดหลังจากยุคของฮิปโปเครติสการแพทย์ยุโรปได้พัฒนาไปตามแนวของวิทยาศาศาสตร์ธรรมชาติโดยใช้ชีววิทยา เคมี ฟิสิกส์มาเป็นพื้นฐาน และตั้งแต่คริสต์ศตวรรษที่ 17 เป็นต้นมา การแพทย์แนวนี้ก็ได้แผ่ขยายไปทั่วโลก จนเรียกได้ว่าเป็นการแพทย์สากล (Cosmopolitan medicine) ซึ่งมุ่งศึกษาส่วนปลีกย่อยของร่างกายโดยสนใจส่วนที่เล็กลงไปทุกที ด้วยเหตุนี้ การแพทย์แผนใหม่จึงมักจะรู้สึกต่อผู้ป่วยในฐานะที่เป็นมนุษย์และลดทอนเรื่องสุขภาพลง เป็นเพียงการทำงานของเครื่องยนต์กลไกลเท่านั้น[34]

ต่อมาในคริสต์ศตวรรษที่ 1803 ในความคิดเรื่องเอกสิทธิ์ในการรักษาของแพทย์ (Therapeutic privilege) ได้พัฒนาก้าวไปจนกระทั่งได้มีนักวิชาการทางแพทย์ที่สำคัญคือ นายโทมัสเปอร์ซิวาล์ (Thomas Percival) ได้แต่งหนังสือเรื่อง Medical Ethics[35]สาระสำคัญของหนังสือดังกล่าวได้กำหนดให้แพทย์มีจริยธรรมการรักษาในระดับสูง อย่างไรก็ดี เปอร์ซิวาล์เห็นว่า หากแพทย์จะให้ข้อมูลหรือไม่นั้น เป็นเอกสิทธิ์โดยแท้ของแพทย์ โดยเห็นว่าหากการไม่ให้ข้อมูลหรือให้ข้อมูลไม่ตรงข้อเท็จจริงแล้วเป็นประโยชน์แก่ผู้ป่วยมากกว่าแพทย์ย่อมทำได้แนวคิดของนายเปอร์ซิวาล์ได้รับการยอมรับจากสายของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์อย่างกว้างขวาง จนกระทั่งใน ค.ศ. 1847 มีการก่อตั้งสมาคมผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์แห่งสหรัฐอเมริกา (American Medical Association ,AMA) และได้มีการออกประมวลจริยธรรม ว่าด้วยการรักษาของแพทย์ เรียกว่า American Medical Association Medical Ethics รายละเอียดของประมวลจริยธรรมดังกล่าวได้มีการกำหนดเหมือนกับแนวคิดของนายเปอร์ซิวาล์ โดยเห็นว่าแพทย์จะต้องมีกระบวนการในการรักษาผู้ป่วยดีที่สุด ความยินยอมของผู้ป่วยนั้นอาจไม่มีความจำเป็น แม้ว่าผู้ป่วยจะมีสิทธิรู้ข้อเท็จจริงเกี่ยวข้องกับวิธีการรักษาและมีความ

---

[33]นพพร โพธิรังสียากร. (2556). ปัญหาข้อกฎหมาย เกี่ยวกับทุรเวชปฏิบัติ จากการรักษาทางการแพทย์ หน้า 8.

[34]อัจฉรา วีระชาลี สิทธิผู้ป่วย. (2537). วิทยานิพนธ์ คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 5

[35]นพพร โพธิรังสียากร. (2556). ปัญหาข้อกฎหมาย เกี่ยวกับทุรเวชปฏิบัติ จากการรักษาทางการแพทย์ หน้า 8.

เสี่ยงบางประการจากวิธีการรักษาดังกล่าว ก็เป็นสิ่งที่แพทย์ควรจะเปิดเผยแนวความคิดดังกล่าวกับผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ด้วยกัน เพื่อหาทางรักษาดีที่สุดแก่ผู้ป่วย โดยไม่จำเป็นที่จะต้องเปิดเผยข้อเท็จจริงและรายละเอียดวิธีการรักษาดังกล่าวให้แก่ผู้ป่วยก็ได้

การที่วิธีการของวงการแพทย์ได้ยอมรับแนวรักษาดีที่สุด (Best practice) ดังกล่าว โดยให้ความสำคัญในด้านผู้ป่วยไม่ว่าจะเป็นเรื่องของการรับทราบวิธีการรักษาและความเสี่ยงที่จะเกิดเหตุก็ดี การที่ผู้ป่วยจะยินยอมในการรักษาตามวิธีการที่แพทย์ จะดำเนินการหรือไม่ก็ดีนั้น ทำให้เกิดแนวคิดในด้านของการให้สิทธิโดยแท้แก่แพทย์

แนวคิดดังกล่าวได้ก่อให้เกิดความเห็นคัดค้านโดยเฉพาะอย่างยิ่งในฝั่งของนักสิทธิมนุษยชนซึ่งแนวคิดดังกล่าวได้รับการโต้แย้งอยู่ตลอดเวลาจากนักสิทธิมนุษยชนแพทย์จะรักษาคนไข้ได้ก็ต่อเมื่อ ผู้ป่วยให้ความยินยอมเป็นหลักเท่านั้น หากผู้ป่วยไม่ให้ความยินยอมการรักษาของแพทย์ก็จะเป็นความผิดต่อกฎหมาย แนวคิดดังกล่าวนั้นได้รับการตอบรับน้อยมาก จนกระทั่งในศตวรรษที่ 18 ได้มีนักสิทธิมนุษยชนคนสำคัญเกิดขึ้น คือนายเบนจามิน รัช (Benjamin Rish) ซึ่งเป็นผู้นำด้านสิทธิมนุษยชนคนสำคัญของประเทศสหรัฐอเมริกาในยุคบุกเบิก และเป็นผู้ก่อตั้ง Dickinson College รัฐเพนซิลวาเนีย โดยนายเบนจามินมีบทบาทยิ่งในการเรียกร้องมนุษยชนในด้านต่างๆ เป็นผู้ลงนามคำประกาศอิสระภาพของประเทศสหรัฐอเมริกา (Declaration of Independenc) นอกจากนี้นายเบนจามินยังมีส่วนสำคัญในการผลักดันให้มีการยอมรับสิทธิของสตรี (Status of woman) รวมทั้งการเลิกทาส (Anti slavery) และได้ดำเนินการเป็นหลักต่อมาก็คือการเรียกร้องสิทธิของผู้ป่วยที่จะให้ผู้ป่วยร่วมในการรักษาด้วย เรียกว่า สิทธิในการที่จะพิจารณาว่า การกระทำที่จะบังเกิดแก่ตัวผู้ใด ผู้นั้นต้องมีอำนาจตัดสินใจด้วยตนเอง (Autonomy) ต่อมาลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยมีการเปลี่ยนแปลงไปโดยแนวคิดของนายเบนจามินเรียกร้องให้ผู้ป่วยมีสิทธิรับรู้และมีส่วนร่วมในการรักษา แต่ในระยะแรกไม่เป็นที่ยอมรับในทางวิชาการ อย่างไรก็ดี แนวคิดดังกล่าวได้จุดประกายให้แก่นักเคลื่อนไหวทางมนุษยชนและด้านสิทธิของผู้ป่วย จนมีการพัฒนาต่อยอดข้อเรียกร้องของนายเบนจามินค่อนข้างจะกว้างขวางและต่อเนื่องยิ่งขึ้น ซึ่งปัญหาข้อกฎหมายที่สำคัญ ที่จะนำมากล่าวอ้างคือ หากแพทย์จะรักษาผู้ป่วยจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยก่อน หากผู้ป่วยไม่ให้ความยินยอมแพทย์ก็ไม่อาจรักษาได้ ข้ออ้างดังกล่าวเป็นข้ออ้างที่สำคัญเหตุผลข้ออ้างรองลงมาก็คือ การรักษาของแพทย์ อาจจะมีหลายวิธี และบางวิธีอาจจะเป็นอันตรายแก่ผู้ป่วยไม่ว่าทางตรงหรือทางอ้อม เพราะการรักษาผู้ป่วยอาจจะมีการดำเนินการด้านผ่าตัด การวางยาสลบ การให้ยาบางประเภท ซึ่งในการรักษาดังกล่าวอาจจะมีผลกระทบเรื้อรังต่อผู้ป่วย ผลกระทบดังกล่าวที่จะมีต่อผู้ป่วยซึ่งแพทย์จะต้องแจ้งข้อมูลอย่างถูกต้องและเพียงพอเพื่อขอความเห็นชอบและความยินยอมของผู้ป่วยซึ่งจะเป็นผู้ได้รับผลกระทบในการพิจารณาให้ความเห็นชอบเป็นหลัก แนวคิดดังกล่าวค่อนข้างจะมีอิทธิพลและมีน้ำหนัก เพราะว่าได้มีข้อต่อสู้ขึ้นไปสู่ศาลหลายครั้งว่าแพทย์ได้ทำการรักษาแล้วก่อให้เกิดผลกระทบต่อผู้ป่วยเป็นเหตุให้ผู้ป่วยต้องได้รับความเจ็บปวดทุกข์ทรมานโดยที่ผู้ป่วยไม่ให้ความยินยอมไม่ควรจะมีได้ความยินยอมของผู้ป่วยในลักษณะดังกล่าวเรียกว่า ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าว (Informed

consent)[36] ซึ่งต่อมาได้พัฒนาเป็นหลักกฎหมายที่สำคัญในประเทศสหรัฐอเมริกาและประเทศอื่นๆ หลายประเทศ ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยในลักษณะเป็นคู่สัญญาในกฎหมายแสดงให้เห็นถึงการเคารพสิทธิในความอิสระเสรีของมนุษย์ ซึ่งอาจแยกเป็นสิทธิในร่างกายและเสรีภาพ ตลอดจนสิทธิส่วนตัวของมนุษย์ที่เป็นผู้ป่วยลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยในอดีตที่เป็นแบบนับถือไว้วางใจและเอื้อเฟื้อเกื้อกูลเชิงครอบครัวความขัดแย้งระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยจึงมีน้อยมาก แต่ในปัจจุบันความขัดแย้งดังกล่าวมีเพิ่มมากขึ้น จนกลายเป็นประเด็นปัญหาความขัดแย้งทางจริยธรรมหรือจรรยาบรรณวิชาชีพ ซึ่งสาเหตุเนื่องจากมีการเปลี่ยนแปลงของสังคม มีความเจริญก้าวหน้าอย่างรวดเร็วทางวิทยาศาสตร์การแพทย์ มีการใช้เทคโนโลยี่ต่างๆอย่างหลากหลาย และเป็นลักษณะเชิงพานิชมากขึ้น ร่วมกับมีการเปลี่ยนแปลงทางสังคมที่มีการตื่นตัวในเรื่องสิทธิมนุษยชน สิทธิผู้บริโภค สิทธิผู้ป่วย เน้นการมีอิสระ มีอำนาจตัดสินใจด้วยตนเองในเรื่องเกี่ยวกับชีวิตและสุขภาพของตนเอง ทำให้ลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยในปัจจุบันเปลี่ยนแปลงไป

**2.2 สิทธิของผู้ป่วยกับจรรยาบรรณวิชาชีพ**

ลักษณะความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยใน ข้อ 1.1 ข้างต้น นอกจากจะแสดงให้เห็นถึงการเปลี่ยนแปลงของความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยยังแสดงให้เห็นถึง จริยธรรม หรือจรรยาบรรณในวิชาชีพแพทย์อีกด้วย กล่าวคือ

***2.2.1 จริยธรรม จรรยาบรรณและมารยาทในวิชาชีพ***

คำว่า “จริยธรรม” เป็นคำที่ใช้กันอยู่โดยทั่วไปในทุกวันนี้ แต่ถ้ามองย้อนไปในอดีตเรามักจะพูดถึง “ศีลธรรม” หลายท่านคงจำได้ว่า สมัยที่ยังเป็นนักเรียน เราเรียนวิชา “หน้าที่พลเมืองและศีลธรรม” คำว่าจริยธรรมเป็นคำที่นำมาใช้ภายหลัง โดยแปลมาจากภาษาอังกฤษว่า ethic ซึ่งมาจากคำว่า ethos ในภาษากรีก หมายถึง ประเพณีหรือการปฏิบัติตามกันมาเป็นเวลานาน หรือหมายถึงศีลธรรมกลุ่ม (group morality) เรื่องของจริยธรรม จึงเป็นเรื่องดีชั่ว อะไร ควรทำหรือไม่ควรทำ[37]

พระ พรหมคุณาภรณ์ (ป.อปยุตโต) ให้ความเห็นของจริยธรรมว่า “ทางพุทธศาสนา เป็นเรื่องจริย” มาจาก “จร” คือการดำเนินชีวิต หรือการเป็นอยู่ทั้งหมด โยงถึงธรรมชาติตามความเป็นจริงให้เกิดผลดี คือการปฏิบัติที่ดี หรือการดำเนินชีวิตที่ดี มนุษย์ต้องสำนึกรับผิดชอบต่อ

---

[36]Informed consent หรือความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวในเวชปฏิบัติหมายถึงความยินยอมของผู้ป่วยที่ยอมให้ผู้ประกอบวิชาชีพในทางการแพทย์กระทำต่อร่างกายของตนตามกรรมวิธีในวิชาชีพแต่ละประเภทนั้น โดยที่ผู้ป่วยผู้ให้ความยินยอมนั้นได้รับการอธิบายหรือบอกกล่าวให้เข้าใจว่า การกระทำของผู้ประกอบวิชาชีพนั้นมีวัตถุประสงค์อย่างไร รายละเอียดในการกระทำเป็นอย่างไร ผลที่เกิดจากการกระทำนั้นผู้ป่วยจะได้รับอย่างไรบ้าง รวมทั้งผู้ป่วยต้องได้รับการบอกกล่าวให้ทราบถึงอันตราย หรือผลร้ายที่มีโอกาสเกิดขึ้นได้มากน้อยเท่าใดด้วย ดู วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์ "ความยินยอมที่ได้รับการบอกกล่าวในเวชปฏิบัติ" ใน นิติเวชสาธกฉบับกฎหมายกับเวชปฏิบัติ จัดพิมพ์โดยโครงการตำรา - ศิริราช กรุงเทพฯ : โรงพิมพ์เรือนแก้วการพิมพ์ 2530 หน้า 104-105.

[37]ปรีดี เกษมทรัพย์. (2548). นิติปรัชญา พิมพ์ครั้งที่ 7 กรุงเทพฯ โครงการตำราและเอกสารประกอบการสอน คณะนิติศาสตร์ หน้า 33.

ธรรมชาติต่อความจริงตามธรรมดาของระบบเหตุปัจจัย รับผิดชอบต่อความเป็นไปของโลก หรือตามชะตากรรมของสังคม ด้วยการตัดสินใจ และกระทำการด้วยเจตนาที่มุ่งดีโดยบริสุทธิ์”[38]

ส่วนจริยธรรมทางการแพทย์มีพื้นฐานมาจาก ศีลธรรม จรรยา ความรู้สึกผิดชอบชั่วดี และมีความสำคัญต่อผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ ซึ่งต้องปฏิบัติตามอย่างเคร่งครัด โดยมีหลักจริยธรรมสำคัญ 5 ประการ คือ เคารพในสิทธิผู้ป่วย (Respecting patient autonomy) เน้นประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วย (Beneficence) ให้เกียรติซึ่งกันและกันปฏิบัติต่อผู้ป่วยอย่างมีเกียรติ (Dignity) มีความยุติธรรม รักษาโรคตามสมมุติฐานของโรคอย่างแท้จริง (Justice) และไม่ให้ผู้ป่วยได้รับอันตรายจากการรักษาหรือการสืบค้นหาสาเหตุ (Non- maleficence)

จริยธรรมทางการแพทย์มีมาตั้งแต่สมัยฮิปโปเครตีส (Hippocratis) ฮิปโปเครตีสซึ่งถือว่าเป็น"บิดาแห่งการแพทย์" ได้กำหนดให้แพทย์มีจริยธรรมแห่งวิชาชีพแพทย์โดยเป็นคำปฏิญาณของฮิปโปเครตีส ซึ่งแปลโดยศาสตราจารย์นายแพทย์เกษม วัฒนชัย ดังนี้ "นับแต่เวลาที่ข้าพเจ้าได้เข้าเป็นสมาชิกแห่งวิชาชีพแพทย์ ข้าพเจ้าขออุทิศชีวิตของข้าพเจ้าเพื่อรับใช้มนุษยชาติ ข้าพเจ้าขอมอบความเคารพบูชาและความกตัญญูแต่ครูของข้าพเจ้า ข้าพเจ้าจะปฏิบัติวิชาชีพของข้าพเจ้าด้วยมโนธรรมและศักดิ์ศรี ข้าพเจ้าจะคำนึงถึงสุขภาพของผู้ป่วยเหนือสิ่งอื่นใด ข้าพเจ้าจะรักษาความลับทั้งปวงที่มอบไว้แก่ข้าพเจ้า ข้าพเจ้าจะพิทักษ์เกียรติยศและรักษาประเพณีอันสูงส่งแห่งวิชาชีพแพทย์ เพื่อนร่วมวิชาชีพของข้าพเจ้าคือพี่น้องร่วมสายโลหิตของข้าพเจ้า ข้าพเจ้าจะไม่ยอมให้ความแตกต่างทางศาสนา เชื้อชาติ ชาติพันธ์ อุดมการณ์ทางการเมือง หรือฐานะทางสังคมมาเป็นเครื่องมือกีดขวางหน้าที่ที่ข้าพเจ้าพึงมีต่อผู้ป่วย แม้อยู่ในภาวะข่มขู่ ข้าพเจ้าก็จักยึดมั่นในคุณค่าแห่งชีวิตมนุษย์ตั้งแต่เกิดจนตาย ข้าพเจ้าจะไม่ใช้ความรู้แห่งวิชาชีพในทางที่ขัดกับกฎแห่งมนุษยธรรม ข้าพเจ้าขอให้คำปฏิญาณนี้ด้วยความถ่อมสุภาพ ด้วยอิสระ และเกียรติยศของปฏิญาณ"[39]

ผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ นอกจากความรู้ทางวิชาการแพทย์ การฝึกฝนทักษะและการมีทัศนคติที่ดีแล้ว สิ่งที่จำเป็นและสำคัญมากคือ การเรียนการสอนด้านคุณธรรม จริยธรรมที่จะต้องมีควบคู่ด้วยกันเสมอ ดังนั้น จริยธรรมทางการแพทย์ ตามหลักของเวชจริยศาสตร์ (principles of medical ethitics) จึงมีความหมายเกี่ยวข้องกับความประพฤติของแพทย์ ที่จะประพฤติปฏิบัติในสิ่งที่เหมาะสม ที่ถูกที่ควร ไม่กระทำในสิ่งที่ผิด ที่ไม่สมควร ทั้งนี้เพราะแพทย์ทำงานเกี่ยวข้องกับมนุษย์โดยตรงในการตรวจรักษา ช่วยเหลือผู้ป่วยให้หายจากโรค บรรเทาความทุกข์ทรมานทั้งด้านร่างกายและจิตใจ การมีคุณธรรม จริยธรรมจะทำให้แพทย์ ปฏิบัติต่อผู้ป่วยและญาติเป็นอย่างดี มีความระมัดระวังรอบคอบไม่ให้เกิดความเสียหายหรือเกิดอันตรายผู้ป่วย และคำนึงถึงประโยชน์ที่ผู้ป่วยจะได้รับ ในทางตรงกันข้าม หากแพทย์ปราศจากซึ่งคุณธรรม จริยธรรม โดยเอาแต่ประโยชนส่วนตน อาจละเลยต่อหน้าที่ ไม่เอาใจใส่ ดูแลผู้ป่วยอย่างที่ควรจะเป็น จนทำให้เกิดความเสียหายหรือเกิดอันตรายผู้ป่วย

---

[38]พระ พรหมคุณาภรณ์ (ป.อปยุตโต). (2544). สนทนาธรรม ชีวิต จริยธรรม กับการวิจัยทางการแพทย์ ใน การแพทย์ยุคใหมในพุทธทัศน์ กรุงเทพฯ คณะแพทย์ศาสตร์ศิริราชพยาบาล หน้า 95.

[39]วิชัยประยูรวิวัฒน์ เวชจริยธรรม. (2554). นำอักษรการพิมพ์ กรุงเทพฯ หน้า141-142.

### *2.2.2 จรรยาบรรณและมารยาทในวิชาชีพ*

การประพฤติผิดในจรรยาบรรณวิชาชีพ (Professional Misconduct) คือ การกระทำใดๆ ที่คนหมู่มากในวิชาชีพนั้นจัดว่าไม่เป็นมาตรฐานหรือไม่เป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไป และอาจก่อให้เกิดความเสียหายหรืออันตรายขึ้นได้ สำหรับผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ การประพฤติมิชอบในจรรยาบรรณวิชาชีพ จึงเป็นการประกอบเวชปฏิบัติที่ไม่เป็นไปตามมาตรฐานแห่งวิชาชีพเวชกรรม หรือไม่เป็นไปตามจรรยาบรรณ หรือจริยธรรมวิชาชีพแพทย์ ที่บัญญัติไว้ โดยอาจมีเหตุมาจากความประมาทละเลยไม่เอาใจใส่ การขาดความรู้ ทักษะ ความชำนาญ หรือความสุขุมรอบคอบ ภายใต้วิสัยและพฤติการณ์แวดล้อมนั้นๆและส่งผลให้เกิดความเสื่อมเสียเกียรติศักดิ์แห่งวิชาชีพเวชกรรมหรือทำให้เกิดความเสียหายโดยตรงแก่ผู้ป่วย แต่แพทย์ประพฤติมิชอบในจรรยาบรรณวิชาชีพนั้น อาจถือเป็นความผิดทางกฎหมายหรือทางจริยธรรมก็ได้ ขึ้นอยู่กับลักษณะการกระทำและเกณฑ์ที่ใช้พิจารณา

สำหรับความผิดทางกฎหมายในการประกอบเวชปฏิบัติหรือแพทย์กระทำการรักษาที่ไม่ถูกต้องหรือเรียกว่า ทุรเวชปฏิบัติ ซึ่งคำว่า "ทุรเวชปฏิบัติ" (Medical Malpractice) หมายถึง การขาดทักษะที่ควรพึงมีอย่างมีเหตุมีผลตามสมควรในฐานะแพทย์และขาดการเอาใจใส่ดูแลคนไข้จนทำให้เกิดอันตรายแก่สุขภาพหรือชีวิตของคนไข้[40]ซึ่งเกณฑ์ในการตัดสิน ต้องมีองค์ประกอบสำคัญรวม 4 ข้อครบถ้วนทั้งหมด (ตามหลัก 4 Ds)[41] กล่าวคือ

1) Duty: แพทย์ผู้นั้นจะต้องมีหน้าที่ดูแลรักษาผู้ป่วย

2) Derelict: แพทย์ผู้นั้นได้บกพร่องในการกระทำ โดยอาจเกิดขึ้นเนื่องจากการไม่ปฏิบัติตามหน้าที่ หรือรักษาต่ำกว่ามาตรฐาน เมื่อเทียบกับแพทย์ในสาขาเดียวกันที่ต้องปฏิบัติงานภายใต้สถานการณ์เดียวกัน

3) Direct cause: มีความสัมพันธ์กันระหว่างเหตุและผลของการกระทำนั้น

4) Damage: ความบกพร่องในการกระทำนั้นก่อให้เกิดผลเสียหายตามมา

ดังนั้น ทุรเวชปฏิบัติเป็นความรับผิดทางการแพทย์ ซึ่งเป็นการกระทำที่อยู่ในขั้นตอนการปฏิบัติงานตามปกติของการบริการด้านการแพทย์ ซึ่งเป็นสาเหตุสำคัญที่แพทย์ถูกฟ้องมากกว่าบุคคลากรสายวิชาชีพอื่น เนื่องมาจากความเข้าใจที่คลาดเคลื่อนของทุรเวชปฏิบัติ รวมทั้งความคาดหวังที่สูงยิ่งของประชาชนที่มีต่อแพทย์เนื่องมาจากแพทย์มีมาตรฐานวิชาชีพที่สูงยิ่งนั่นเอง โดยข้อมูลจากแพทยสภาพบว่า มีเรื่องฟ้องร้องหรือร้องเรียนต่อผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมผ่านแพทยสภา กองประกอบโรคศิลปะ สำนักงานคุ้มครองผู้บริโภค ศาลปกครอง ศาลแพ่ง ศาลอาญาเพิ่มขึ้นทุกปี จากช่วงก่อน พ.ศ. 2540 ประมาณ 50-100 เรื่องต่อปี เพิ่มขึ้นเป็น 200 เรื่องต่อปีในช่วง พ.ศ. 2540 ถึง 2545 (หลังมีการประกาศสิทธิผู้ป่วย) และช่วงหลัง พ.ศ. 2545 ถึงปัจจุบัน มีมากกว่า 300 เรื่องต่อ

---

[40]http://pnpsrptc130.blogspot.com/2013/09/blog-post.html ค้นคืน 15 พฤศจิกายน 2557.

[41]ชัยรัตน์ ฉายากุล. (2555). การประพฤติผิดในจรรยาบรรณวิชาชีพ อ้างในจริยธรรมทางการแพทย์ หน้า 74.

ปี[42] ส่วนคดีที่ฟ้องร้องต่อแพทยสภา 1852 คดีระหว่าง พ.ศ. 2531- 2545 อาจจัดแบ่งประเภทข้อร้องเรียนถึงการประพฤติผิดในจรรยาบรรณวิชาชีพได้เป็น 8 ลักษณะ[43] คือ

1) การรักษาไม่เป็นไปตามมาตรฐานแห่งวิชาชีพ (41.8%) ทั้งที่ไม่จงใจประมาทเลินเล่อ ละเลย ขาดทักษะ ความรู้ความชำนาญ หรือประกอบการขณะที่ไม่มีความพร้อม ส่งผลให้เกิดการวินิจฉัยรักษาที่ผิดพลาด ล่าช้า การปรึกษาหรือส่งต่อไม่ทันการ รวมทั้งการทำหัตการหรือผ่าตัดผู้ป่วยโดยไม่ได้รับอนุญาต

2) โฆษณาการประกอบวิชาชีพเวชกรรม (12.7%) เช่น แจกใบปลิว เขียนบทความให้ข้อมูลแก่สื่อสาธารณะเพื่อจูงใจหรือสร้างความเข้าใจผิดหรือชักชวนเพื่อประโยชน์แก่ตน เชิญชวนฉีดวัคซีน โฆษณาสรรพคุณของยาหรือรักษาใดเกินจริง โฆษลดค่ารักษา โอ้อวดความรู้ความสามารถโดยไม่มีหลักฐานเชิงประจักษ์

3) การรักษาผู้ป่วยโดยไม่คำนึงถึงความปลอดภัยและความสิ้นเปลือง (12.7%) เช่น ส่งตรวจทางห้องปฏิบัติการที่มีราคาแพงหรือมากเกินไปโดยไม่จำเป็นและเหมาะสม วินิจฉัยโรคร้ายแรงให้กลัว สั่งยาแพงโดยไม่มีข้อบ่งชี้ เรียกร้องค่าใช้จ่ายก่อนการรักษา คือคิดค่ายาแพงเกินไป

4) การประกอบเวชกรรมที่ขัดต่อกฎหมาย (9.1%) เช่นใช้ใบประกอบวิชาชีพเวชกรรมหรือใบอนุญาตปลอม การทำแท้งโดยไม่มีเหตุอันควรที่กำหนดไว้

5) การประพฤติตนไม่ถูกต้องเกี่ยวกับสถานพยาบาล (8.4%) ที่พบบ่อยคือการสนับสนุนให้โฆษณาการประกอบวิชาชีพที่ผิดกฎหมาย เช่นสนับสนุนหรือมอบหมายให้ผู้ที่ขาดความรู้ความชำนาญ หรือไม่มีใบอนุญาต (unlicensed activity) ให้บริการแทนตน

6) การทำให้เสื่อมเสียเกียรติศักดิ์แห่งวิชาชีพ (6.2%) เช่น กระทำการโดยไม่เคารพต่อกฎหมาย ปฏิบัติตนไม่เหมาะสมตามความคาดหวังของสังคม (รวมทั้งการติดสุรา ยา หรือสารเสพติด) ละเลย เพิกเฉย ปฏิเสธหน้าที่ ทับถม ให้ร้าย กลั้นแกล้ง ไม่ยกย่องผู้ประกอบวิชาชีพเดียวกันหรือผู้รวมงาน ชักจูงผู้ป่วยของผู้อื่นมาเป็นของตน รวมทั้งการรับผลประโยชน์ ส่วนแบ่งเปอร์เซ็นต์ ค่าตอบแทนในการตรวจรักษา (dichotomy หรือ fee splitting)

7) การออกเอกสารทางการแพทย์เป็นเท็จ (6.0%) เช่น ขายใบรับรองแพทย์โดยลงชื่อไว้ก่อน ออกใบรับรองแพทย์โดยไม่เห็นผู้ป่วย ออกใบรับรองแพทย์ย้อนหลัง ให้ใบรับรองแพทย์นานเกินควร ชันสูตรบาดแผลเท็จ รายงานผลการตรวจอันเป็นเท็จ หรือแก้ไขเวชระเบียนเพื่อปกปิดความผิดพลาด

8) การปฏิบัติตัวต่อผู้ป่วยไม่เหมาะสม (4.7%) เกี่ยวข้องกับการประกอบการที่ขัดกับสิทธิผู้ป่วยตามประกาศแพทยสภา พ.ศ. 2541 เช่น ปฏิเสธการให้บริการปฏิเสธการช่วยเหลือรีบด่วนตามความจำเป็นแก่กรณี เลือกปฏิบัติ เปิดเผยความลับ ปกปิดหรือไม่ให้ข้อมูลอย่างเพียงพอและเข้าใจชัดเจน ปฏิบัติต่อผู้ป่วยและญาติโดยไม่สุภาพ ดูหมิ่นเสียดสี คุกคามข่มขู่ด้วยวาจาหรือพฤติกรรม กักขังหน่วงเหนี่ยว และกระทำไม่เหมาะสมเกี่ยวกับเพศ เช่นลวนลาม เกี้ยวพาราสี อนาจาร

---

[42]ชัยรัตน์ ฉายากุล การประพฤติผิดในจรรยาบรรณวิชาชีพ. (2555). อ้างในจริยธรรมทางการแพทย์ หน้า 75.

[43]เรื่องเดียวกัน.

ไปจนถึงการมรเพศสัมพันธ์กับผู้ป่วยหรือผู้มีครอบครัวการประพฤติผิดในจรรยาบรรณวิชาชีพในปัจจุบันมีเพิ่มมากขึ้น เนื่องจากความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยมีการเปลี่ยนแปลงไปไม่เหมือนในอดีต แม้แพทย์จะมุ่งหวังและดูแลรักษาให้ผู้ป่วยพ้นทุกข์ หายจากโรคภัยไข้เจ็บ และแพทย์ได้พัฒนาตนเองอย่างสม่ำเสมอก็ตาม แต่โรคต่างๆ มีจำนวนมากและซับซ้อนเพิ่มมากขึ้น การที่แพทย์มีภาระงานมากขึ้น การคาดหวังให้แพทย์รู้ทุกโรคและรักษาให้หายนั้น คงเป็นไปได้ยาก นอกจากนี้ความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยมีการเปลี่ยนแปลงไปในเชิงธุรกิจมากขึ้น มีการเปลี่ยนแปลงในระบบข้อมูลข่าวสารให้เปิดเผยข้อมูลข่าวสารสู่สังคม และเป็นสังคมแห่งสิทธิเสรีภาพ ทำให้แพทย์ไม่สามารถตัดสินใจแทนผู้ป่วยเหมือนเช่นในอดีต แต่แพทย์ต้องให้ข้อมูลอย่างถูกต้องและเพียงพอเพื่อให้ผู้ป่วยตัดสินใจในการให้ความยินยอมหรือปฏิเสธการรักษา แพทย์ต้องให้ข้อมูลและตอบคำถามต่างๆ มากขึ้น ทำให้เกิดความวิตกกังวล ขาดความเชื่อมั่นและไว้วางใจ เกิดความไม่เข้าใจกันของแพทย์และผู้ป่วย นำไปสู่ความขัดแย้ง และเป็นปัญหา การฟ้องร้องและร้องเรียนทางการแพทย์มากขึ้น

### *2.2.4 ความประมาทเลินเล่อทางการแพทย์*

ความประมาทเลินเล่อทางการแพทย์หรือ Medical negligence หมายถึง การปฏิบัติ หรือการละเว้นการปฏิบัติของบุคลากรทางการแพทย์ ซึ่งเบี่ยงเบนไปจากมาตรฐานทางเวชปฏิบัติอันเป็นที่ยอมรับกันโดยทั่วไป ซึ่งความประมาทเลินเล่อที่เกิดขึ้นนี้ อาจไม่ทำให้เกิดอันตรายต่อผู้ป่วย หรืออาจรุนแรงจนก่อให้เกิดอันตรายถึงชีวิตก็ได้[44] ซึ่งมีตัวอย่างของความประมาทเลินเล่อทางการแพทย์ หลายกรณีด้วยกัน เช่น การวินิจฉัยผิดพลาด (Misdiagnosis) การวินิจฉัยและการักษาช้าไม่ทันเวลา (Delayed diagnosis and treatment) การผ่าตัดพลาด (Surgical error) การผ่าตัดที่ไม่จำเป็น (Unnecessary Surgery) ความผิดพลาดทางวิสัญญี (Anesthesia error)ความผิดพลาดทางสูติกรรม (Childbirth and labor Malpractice) ความผิดพลาดในการติดตามรักษาในระยะยาว (Failure to long-term follow up with treatment) ความผิดพลาดในการสั่งยา (Failure to long-term follow up with treatment)

ปัจจุบันความขัดแย้งและนำไปสู่การฟ้องร้องทางการแพทย์ เกิดความประมาทเลินเล่อทางการแพทย์หลายกรณีด้วยกันแต่ที่พบและเป็นข่าวในสื่อต่างๆ มีให้เห็นกันบ่อย เช่นความผิดพลาดทางสูติกรรม โดยมีความผิดพลาดระหว่างการผ่าตัดคลอดทารกทางหน้าท้อง (Cesarean section) ซึ่งเป็นวิธีที่จำเป็นในการรักษาชีวิตของทารกที่มีภาวะเครียด (Fetal distress) ซึ่งแสดงว่าทารกขาดออกซิเจนไปเลี้ยงสมอง หัวใจเต้นช้า หากแพทย์ไม่ตัดสินใจผ่าตัดคลอดฉุกเฉินทารกทางหน้าท้องและรอให้คลอดทางช่องคลอดจะทำให้ทารกขาดออกซิเจนไปเลี้ยงสมองจนสมองพิการ ทารกและมารดาอาจเสียชีวิตได้ปัญหาการฟ้องร้องทางกฎหมายเกี่ยวกับทุรเวชปฏิบัติ (Medical Malpractice) ซึ่ง ธีระ ทองสง ได้ทำการศึกษา อัตราการผ่าตัดคลอด "ปัญหาการฟ้องร้องทางกฎหมายเกี่ยวกับทุรเวชปฏิบัติ (medical malpractice) สูติแพทย์ในประเทศที่พัฒนาแล้วบางประเทศมีความเชื่อว่าการผ่าตัดคลอดจะช่วยป้องกันหรือลดจำนวนการฟ้องร้องทางกฎหมายได้ ในขณะที่การผ่าตัดคลอดโดยไม่จำเป็นกลับถูกวิพากษ์วิจารณ์น้อยมากอย่างไรก็ตามคดีฟ้องร้องทางสูติศาสตร์กลับ

---

[44]สุวรรณี สุรเศรณีวงศ์. (2555). ความประมาทเลินเล่อทางการแพทย์ อ้างในจริยธรรมทางการแพทย์ หน้า 87.

ไม่ได้ลดลงตามสัดส่วนของอัตราการผ่าท้องทำคลอดที่สูงขึ้น"[45]ความประมาทเลินเล่อทางทางการแพทย์ (Medical negligence) จะกลายเป็นทุรเวชปฏิบัติ (Medical Malpractice) เมื่อเกิดความเสียหายหรืออันตรายแก่ผู้ป่วย ซึ่งในทางกฎหมายจะพิจารณา 2 ประเด็น คือ ระดับความเสียหายหรืออันตรายที่เกิดขึ้นและสาเหตุ โดยความเสียหาย ประกอบด้วย ค่ารักษาพยาบาล การสูญเสียรายได้จากการไม่สามารถทำงาน การสูญเสียรายได้ในอนาคตเนื่องจากความพิการ และอันตรายอื่นๆ เช่น ความเจ็บปวด และความทรมาน ส่วนการประเมินสาเหตุว่าเป็นทุรเวชปฏิบัติ ต้องใช้ผู้เชี่ยวชาญให้ความเห็นว่า การกระทำซึ่งเป็นความประมาทเลินเล่อทางทางการแพทย์นี้ ก่อให้เกิดความเสียหายหรือภยันตรายแก่ผู้ป่วยโดยตรงหรือไม่และอย่างไร รวมทั้งต้องพิสูจน์ได้ว่า ถ้าไม่มีการกระทำนี้เกิดขึ้นจะไม่เกิดความเสียหายหรือภยันตรายที่ปรากฏ ซึ่งปัจจัยที่ส่งเสริมให้เกิดทุรเวชปฏิบัติมีหลายประการ ได้แก่ ปัจจัยที่เกิดจากแพทย์ เช่น การขาดความรู้ ความสามารถ และทักษะ หรือมีความเหนื่อยล้าอ่อนเพลียมาก ปัจจัยที่เกิดจากผู้ป่วยเช่น โรคประจำตัว และการรักษาดั้งเดิม นอกจากนี้ยังมีปัจจัยที่เกิดจากองค์กร เช่น ระบบงานไม่มีประสิทธิภาพ ขาดการทำงานเป็นทีม ขาดระบบสนับสนุน ระบบตรวจสอบ เครื่องมือที่จำเป็นมีไม่เพียงพอ

**2.3 ข้อพิจารณาเรื่องสิทธิของผู้ป่วยในสังคมไทย**

ในสังคมไทยโบราณดั้งเดิมพื้นฐานลักษณะสิทธิโดยทั่วไปของประชาชน (ผู้ใต้ปกครอง) ที่ได้รับจะเป็นเรื่องของ"ความเมตตา"ที่ผู้ปกครองมอบให้แก่ผู้ใต้ปกครอง เพราะปรารถนาจะให้ผู้ใต้ปกครองมีความร่มเย็นเป็นสุข สิทธิจึงมีลักษณะทำนองดำริของพ่อแม่ที่เห็นว่าอะไรดีก็คิดจะให้ลูก ซึ่งมิใช่สิ่งที่จะเรียกร้องตามความต้องการของตนเองจากพ่อแม่[46]ต่อมา ลักษณะความสัมพันธ์ในทางสิทธิและหน้าที่ได้เปลี่ยนแปลงไป เป็นลักษณะการถือเอา "ศักดิ์" [47]เป็นปัจจัยในการกำหนดสิทธิและหน้าที่โดยผู้ปกครองบ้านเมือง การกำหนดศักดินาของบุคคลมาจากสถานสภาพของบุคคล อันอาจเปลี่ยนแปลงไปได้ตามความประพฤติดีหรือไม่ดีของบุคคลนั้น ซึ่งแสดงให้เห็นว่า แนวคิดเรื่องสิทธิของประชาชนในสังคมไทยดั้งเดิมเป็นเรื่องของการมอบให้โดยผู้ปกครองแผ่นดิน มิใช่ลักษณะเช่นเดียวกันกับแนวคิดเรื่องสิทธิในสังคมตะวันตก ที่มองว่าสิทธิเป็นสิ่งที่ติดตัวมาแต่กำเนิด โอนให้แก่กันไม่ได้ อยู่เหนือการเปลี่ยนแปลง อันเป็นแนวคิดสิทธิธรรมชาติ แต่อย่างไรก็ตาม ประชาชนก็ยังมีสิทธิต่างๆ ที่ได้รับการมอบโดยผู้ปกครองตามสภาพของสังคมนั้นๆ อยู่เสมอมา เมื่อพิจารณาเฉพาะในด้านทางการแพทย์ของไทย สมัยดั้งเดิม ส่วนใหญ่เป็นเรื่องของการแพทย์พื้นบ้าน ซึ่งผู้เป็นแพทย์มักเป็นผู้มีความรู้ทางไสยศาสตร์ที่ผู้ป่วยยอมรับ โดยที่ผู้ให้การรักษาในสมัยนั้นยอมรับรู้ในเรื่องสิทธิของผู้ป่วย ต่อมาเมื่อการแพทย์ตะวันตกเข้ามาไนประเทศไทย จึงมีการแพทย์ตะวันตกซึ่งเป็นการแพทย์แผนใหม่นำโดยมิชชันนารี และการแพทย์ตะวันตกดังกล่าวมีอิทธิพลต่อแนวคิดของระบบกฎหมายไทยเช่นกัน กฎหมายในรัชกาลที่ 5 ก็รับแนวคิดเรื่องการคุ้มครองสิทธิผู้ป่วยเช่นในลักษณะสากลมาใช้ด้วย เช่น

---

[45]ธีระ ทองสง อัตราการผ่าตัดคลอด Cesarean Section Ratehttp://www.med.cmu.ac.th ค้นคืน 7 มีนาคม 2558.

[46]อัจฉรา วีระชาลี สิทธิผู้ป่วย. (2537). *วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต* คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 8.

[47]ศักดิ์ ตามพจนานุกรม ฉบับราชบัณฑิตยสถาน แปลว่า อำนาจ ความสามารถ.

มีการปรับปรุง กฎหมายลักษณะอาญา ร.ศ.127 ซึ่งมีบทบัญญัติเกี่ยวกับการกระทำโดยประมาทตามมาตรา 43 วรรค 3 ปัจจุบันประมวลกฎหมายอาญา บัญญัติไว้ในมาตรา 59 วรรค 4 ที่มีลักษณะคล้ายคลึงกัน มีบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานเปิดเผยความลับ ปัจจุบันบัญญัติในมาตรา 323 นอกจากนี้ยังมีหลักกฎหมายแพ่งเรื่องสัญญา เป็นต้น จนกระทั่งได้มีการประกาศใช้พระราชบัญญัติการแพทย์ พ.ศ. 2466 ซึ่งเป็นพระราชบัญญัติควบคุมการประกอบโรคศิลปะฉบับแรกที่ได้แสดงถึงแนวคิดในเรื่องสิทธิของผู้ป่วยไว้ เห็นได้จากข้อความปรารภ ดังนี้ "มีพระบรมราชโองการในพระบาทสมเด็จพระรามาธิบดี ศรีสินทรมหาวชิราวุธ พระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัว ดำรัสเหนือเกล้าว่าโดยที่การประกอบโรคศิลปะย่อมมีสิทธิผล อันสำคัญแก่สวัสดิภาพของประชาชน โดยที่ ณ กาลปัจจุบันนี้กรุงสยาม ยังไม่มีระเบียบบังคับควบคุมการประกอบกิจเช่นนี้ ปล่อยให้มหาชนปราศจากความคุ้มครองจากอันตรายอันเกิดแก่การประกอบกิจแห่งผู้ที่ไร้ความรู้ และมิได้ฝึกหัดและโดยที่ทรงพระราชดำริเห็นสมควรควบคุมวางระเบียบบังคับและเลื่อนฐานะแห่งการเป็นผู้การประกอบโรคศิลปะให้สูงยิ่งขึ้นไป จึงทรงพระกรุณาโปรดเกล้าฯ ให้ตราพระราชบัญญัติไว้ดังต่อไปนี้..."[48]

ปัจจุบันมี แพทยสภา ทำหน้าที่ควบคุมการประกอบวิชาชีพที่เกี่ยวกับการแพทย์ขึ้น สืบเนื่องมาจาก พระราชบัญญัติการแพทย์พุทธศักราช 2466 ซึ่งกฎหมายฉบับนี้บัญญัติให้มีองค์กรการควบคุมการประกอบวิชาชีพที่เกี่ยวกับการแพทย์ขึ้น เรียกว่า “สภาการแพทย์” และประกอบวิชาชีพที่เกี่ยวกับการแพทย์นั้นตามกฎหมายฉบับนั้นเรียกว่า “การประกอบโรคศิลปะ” โดยรูปแบบของสภาการแพทย์ดังกล่าวกฎหมายกำหนดให้มีฐานะเป็นกรมหนึ่งในกระทรวงซึ่งมีหน้าที่บังคับบัญชากรมสาธารณสุข ซึ่งได้แก่กระทรวงมหาดไทย (ขณะนั้นกระทรวงสาธารณสุขมีฐานะเป็นกรมเช่นเดียวกัน) ดังนั้นสภาการแพทย์จึงมีฐานะทางราชการเท่ากับกรมสาธารณสุข มีลักษณะเป็นส่วนราชการของกระทรวงมหาดไทย และไม่เปิดโอกาสให้มี “สมาชิก” เข้าสังกัดเพราะในกฎหมายไม่มีบทบัญญัติว่าด้วยเรื่องของสมาชิกไว้เลย หากจะเปรียบเทียบกับเนติบัณฑิตยสภา ซึ่งได้จัดตั้งขึ้นโดยพระบรมราชโองการของพระบาทสมเด็จพระมงกุฎเกล้าเจ้าอยู่หัวใน พ.ศ.2457 แล้วจะเห็นว่าเนติบัณฑิตยสภาตามพระราชโองการนั้นมีสมาชิกได้หลายประเภท โครงสร้างของสภาการแพทย์กับเนติบัณฑิตยสภาจึงมีข้อแตกต่างกันอยู่ต่อมาใน พ.ศ.2497 ได้มีประกาศใช้ พระราชบัญญัติควบคุมการประกอบโรคศิลปะ พ.ศ.2497 โดยยกเลิก พระราชบัญญัติการแพทย์ พ.ศ.2466 และตามที่ประกาศใช้ใหม่นี้บัญญัติให้มีองค์การประกอบโรคศิลปะขึ้นใหม่เรียกว่า “คณะกรรมการควบคุมการประกอบโรคศิลปะ” แทนสภาการแพทย์ซึ่งจัดตั้งขึ้นตามพระราชบัญญัติที่ยกเลิกไปจึงเป็นอันว่า “สภาการแพทย์” ได้สิ้นสภาพลงใน พ.ศ.2497 นั่นเองเมื่อมีการประกาศใช้ พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2511 นั่นก็ได้มีการแก้ไขเพิ่มเติม พระราชบัญญัติควบคุมการประกอบโรคศิลปะ พ.ศ.2497 พร้อมๆ กันไปด้วย (คือ พระราชบัญญัติควบคุมการประกอบโรคศิลปะ (ฉบับที่ 8) พ.ศ.2511) และจากผลของพระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2511 ทำให้: พระราชบัญญัติควบคุมการประกอบโรคศิลปะในส่วนที่เกี่ยวกับการควบคุมการประกอบโรคศิลปะแผนปัจจุบันสาขาเวชกรรมชั้นหนึ่ง ถูกยกเลิกไปและผู้ที่ได้ขึ้นทะเบียนและรับอนุญาตเป็นผู้ประกอบโรคศิลปะ แผนปัจจุบันสาขาเวชกรรมชั้นหนึ่ง กลายสภาพเป็นสมาชิกของแพทยสภา โดยมิต้องสมัคร ใบอนุญาตเป็นผู้

[48]วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. (2530). นิติเวชศาสตร์ หน้า 44-45.

ประกอบโรคศิลปะแผนปัจจุบันสาขาเวชกรรม ชั้นหนึ่ง กลายสภาพเป็นใบอนุญาตเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรม

ดังนั้นผู้ที่เคยขึ้นทะเบียนประกอบโรคศิลปะจากสภาการแพทย์เดิม จะกลายสภาพเป็นสมาชิกแพทยสภาและเป็นผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมตาม พระราชบัญญัติวิชาชีพเวชกรรม พ.ศ.2511 ด้วยเหตุนี้เองจึงกล่าวได้ว่า ต้นกำเนิดของแพทยสภาคือสภาการแพทย์ใน พ.ศ.2466 นั่นเอง[49]

จากประวัติความเป็นมาในเรื่องสิทธิผู้ป่วยดังกล่าวข้างต้นแสดงให้เห็นว่า ในสังคมไทยโบราณดั้งเดิม มิได้กำหนดสิทธิผู้ป่วยไว้ในการรักษาพยาบาล แต่มุ่งเพียงการรักษาให้เกิดผลดีต่อผู้ป่วยเท่านั้น ต่อมาจึงมีการกำหนด รับรองสิทธิผู้ป่วยโดยมีบทบัญญัติเกี่ยวกับความผิดฐานเปิดเผยความลับของผู้ป่วย โดยกฎหมายอาญามีบทบัญญัติว่าเป็นความผิด และกำหนดโทษไว้ รวมทั้งการกำหนดโทษการกระทำโดยประมาทซึ่งมีโอกาสเกิดขึ้นได้มากในการประกอบวิชาชีพแพทย์ นอกจากนี้ยังมีเรื่องสัญญาซึ่งตามกฎหมายแพ่งได้กำหนดและมีบทบัญญัติ โดยยึดหลักแห่งความศักดิ์สิทธิในการแสดงเจตนาในการมีนิติสัมพันธ์ระหว่างแพทย์และผู้ป่วย รวมทั้งยังปรากฏว่ามีกฎหมายของผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ฉบับแรก ซึ่งเป็นต้นแบบของการ เกิดกฎหมายวิชาชีพในประเทศไทยในเวลาต่อมา ที่แสดงให้เห็นว่าสิทธิของผู้ป่วยได้รับการคุ้มครองตามกฎหมายที่มีเจตนารมณ์ที่จะให้ความคุ้มครองแก่ประชาชนที่ได้เข้ารับการรักษาพยาบาลจากผู้ประกอบวิชาชีพแพทย์ให้ได้รับความปลอดภัยจากการรักษา มิทำให้เกิดความเสียหายหรืออันตรายแก่สุขภาพหรือชีวิตของผู้ป่วย โดยได้รับการควบคุมตามกฎหมายวิชาชีพดังกล่าว

## 3. ความเป็นมาแห่งสิทธิของผู้ป่วยจากแนวคิดในทางกฎหมาย

สิทธิของผู้ป่วยมีแนวคิดมาจากสิทธิธรรมชาติ อันเป็นทีมาของแนวคิดสิทธิมนุษยชนโดยสิทธิของผู้ป่วยเป็นส่วนหนึ่งที่อยู่ในเรื่องของสิทธิมนุษยชน อันนำมาซึ่งสิทธิในทางสุขภาพหรือสิทธิที่จะได้รับการรักษาพยาบาลอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกัน ตามสิทธิของผู้ป่วยที่บัญญัติไว้ในกฎหมายรัฐธรรมนูญ

### 3.1 อิทธิพลของแนวคิดสิทธิธรรมชาติกับการเป็นที่มาแห่งสิทธิมนุษยชน

สิทธิธรรมชาติ (Natural right) มีลักษณะและแนวคิดมาจาก กฎหมายธรรมชาติ (Natural Law) ซึ่งหมายความถึงกฎหมายที่บุคคลอ้างว่ามีอยู่ตามธรรมชาติ คือ เกิดขึ้นเองโดยธรรมชาติ ไม่ใช่เกิดจาดมนุษย์ทำขึ้นกฎหมายธรรมชาติ เป็นกฎหมายที่มีอยู่เหนือรัฐและใช้ได้โดยไม่จำกัดกาลเทศะ ซึ่งมีลักษณะ 3 ประการ คือ

1) เป็นกฎหมายที่ใช้ได้โดยโดยไม่จำกัดเวลา ไม่มีการพ้นสมัย

2) ใช้ได้ทุกแห่งโดยไม่จำกัดว่า จะต้องใช้ในรัฐใดรัฐหนึ่งเท่านั้น

3) เป็นกฎหมายที่มีอยู่เหนือรัฐ กล่าวคือ รัฐจะออกกฎหมายใดมาขัดหรือแย้งกับกฎหมายธรรมชาติไม่ได้ มิฉะนั้นกฎหมายของรัฐก็จะใช้บังคับไม่ได้

---

[49]แพทยสภา http://www.tmc.or.th/about.php ค้นคืน 8 มีนาคม 2558.

จากลักษณะและแนวคิดมาจาก กฎหมายธรรมชาตินี้เอง ทำให้เกิดแนวคิดเกี่ยวกับสิทธิธรรมชาติซึ่งมีแนวคิดที่ว่ามนุษย์เกิดมามีสิทธิเท่าเทียมกันและพระเจ้าเป็นผู้สร้างมนุษย์ขึ้นมาจึงได้ให้สิทธิแก่มนุษย์ สิทธิที่ได้มานี้ไม่อาจโอนให้แก่กันได้ และใครจะล่วงละมิดสิทธินี้ก็ไม่ได้ สิทธิธรรมชาติได้แก่ สิทธิในชีวิต เสรีภาพ และสิทธิที่จะหาความสุข ซึ่งสิทธิเหล่านี้มีที่มา 3 ทาง ดังนี้

1) เกิดจากหลักแห่งเหตุ (Rationlism) ซึ่งถือได้ว่า “สิทธิตามธรรมชาติของมนุษย์” ได้ถูกคิดค้นขึ้นจาก “หลักการแท้ๆ และไม่อาจโต้แย้งได้” หลักแห่งเหตุผลนี้มีรากฐานมาจากความคิดเรื่องกฎหมายธรรมชาติและเกี่ยวข้องกับเรื่อง “เหตุผลธรรมชาติ” (Natural reason) กล่าวคือ คิดจากเหตุทั่วๆ ไป ว่าบุคคลควรมีสิทธิอะไรบ้าง โดยคำนึงจากเกียรติภูมิ อำนาจ ความจริงใจ หรือความสุจริตใจของมนุษย์

2) เกิดจากสิทธิเฉพาะบุคคล (Indivicdualism) ซึ่งมีแนวคิดว่าสิทธิธรรมชาติของบุคคลเป็นสิทธิที่ไม่อาจโอนให้แก่กันได้ สิทธิธรรมชาตินั้น เกิดขึ้นพร้อมกับบุคคลจะจำกัดลิดรอนหรือโอนให้แก่ผู้อื่นไม่ได้เลย

3) เกิดจากลัทธินิยมความรุนแรง (Radicalism) โดยถือว่าการใช้กำลังจะถูกกล่าวอ้างเวลาหนึ่งเวลาใด ว่าเป็นจุดมุ่งหมายของสถาบันการเมืองทั้งมวลและจุดมุ่งหมายของสถาบันการเมืองดังกล่าวนั้นก็คือ การรักษาไว้ซึ่งสิทธิธรรมชาติของมนุษย์[50]

สำหรับลักษณะของสิทธิมนุษยชน (Human Rights) นั้น “สิทธิมนุษยชน” หมายความว่าศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพและความเสมอภาคของบุคคลที่ได้รับการรับรองหรือคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย หรือตามกฎหมายไทย หรือตามสนธิสัญญาที่ประเทศไทยมีพันธกรณีที่จะต้องปฏิบัติตาม[51]..... โดยที่มาแห่งสิทธิมนุษยชน ก็สืบเนื่องมาจากทฤษฎีสิทธิธรรมชาติ ดังที่กล่าวมาแล้วข้างต้น

สิทธิมนุษยชน (Human Rights) เริ่มมีความสำคัญขึ้น ภายหลังสงครามโลกครั้งที่ 2 เป็นต้นมา และคำว่าสิทธิมนุษยชน ได้มีปรากฏในคำปรารภของกฎบัตรสหประชาชาติ ซึ่งเป็นปณิธานในการก่อตั้งองค์การสหประชาชาติ เพื่อให้สมาชิกแต่ละประเทศร่วมมือกันพิทักษ์สิทธิของมวลมนุษยชาติ ดังมีความตอนหนึ่งว่า “ประชาชนของสหประชาชาติ ได้ยืนยันการรับรองสิทธิมนุษยชนขึ้นพื้นฐานในศักดิ์ศรีและคุณค่าของมนุษย์ในสิทธิแห่งความเท่าเทียมกันของชายและหญิงของชาติใหญ่กับชาติเล็ก...”กฎบัตรสหประชาชาตินี้ถือเป็นกฎหมายระหว่างประเทศฉบับแรกที่คุ้มครองสิทธิมนุษย์ชน

ต่อมาในปี พ.ศ. 2491 สมัชชาแห่งสหประชาชาติ ได้มีมติผ่านร่างปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชน (Universal Declaration of Human Rights) มีเนื้อหาในทางรับรองสิทธิมนุษยชนและกำหนดมาตรฐานขั้นต่ำในการคุ้มครองสิทธิมนุษยชน ไว้ทั้งหมด 30 ข้อ[52] ซึ่งก่อให้เกิดพันธะทางศีลธรรมและมโนธรรมขั้นต่ำแก่ประเทศที่ให้ความเห็นชอบในปฏิญญาดังกล่าว หลักการสำคัญพื้นฐานเกี่ยวกับสิทธิมนุษยชน เบื้องต้นนี้ก็คือ การยอมรับกันโดยทั่วไปว่า บุคคลทุกคนที่มีความสามารถตาม

---

[50]อัจฉรา วีระชาลี. (2537). สิทธิผู้ป่วย วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 11.

[51]https://www.gotoknow.org/posts/50198 ค้นคืน 12 มีนาคม 2558.

[52]วิฑูรย์ อึ้งประพันธ์. (2535). สิทธิมนุษยชน กับกฎหมาย หน้า 1.

กฎหมาย ต้องเป็นผู้มีอิสรเสรีในการตัดสินใจที่จะเลือกรับหรือไม่รับการกระทำของตัวเขา (Human autonomy) ซึ่งได้ระบุไว้ในปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชนนี้ว่า “บุคคลทุกคนมีสิทธิ...” อันเป็นเพียงการยอมรับว่า “ในฐานะที่เป็นมนุษย์นั้นควรมีสิทธิอะไรบ้าง ซึ่งยังมิได้มีฐานะเป็นสิทธิตามกฎหมายอย่างแท้จริง ประเทศหรือรัฐต่างๆ ที่เป็นสมาชิกองค์การสหประชาชาติที่ยอมรับสิทธิมนุษยชนนี้ต้องนำไปบัญญัติเป็นสิทธิตามกฎหมายภายในเพื่อให้มีผลตามกฎหมายต่อไป และหลายประเทศรวมทั้งประเทศไทยก็นำเนื้อหาของปฏิญญานี้ไปกำหนดไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศตน

สำหรับสิทธิของผู้ป่วยซึ่งเป็นส่วนหนึ่งที่อยู่ในเรื่องของ สิทธิมนุษยชน โดยเมื่อมีการยอมรับหรือให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลแล้ว จะเกิดความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วย ซึ่งผู้ป่วยในฐานะที่เกิดเป็นมนุษย์ ผู้ป่วยย่อมมีสิทธิธรรมชาติที่จะมีสิทธิตัดสินใจโดยอิสระ ในการเลือกกระบวนการทางการแพทย์ในการรักษาตัวเองได้ เพราะผู้ป่วยย่อมมีเกียรติมีศักดิ์ศรีและคุณค่าของความเป็นมนุษย์ ตามปฏิญญาว่าด้วยสิทธิมนุษยชน และเนื่องจากการรักษาพยาบาลเป็นการกระทำต่อมนุษย์ ซึ่งในสังคมที่พัฒนาแล้วถือว่า การปฏิบัติต่อผู้ป่วยต้องคำนึงถึงสิทธิที่เขาพึงจะได้รับ โดยถือว่าสิทธิของผู้ป่วยเป็นเรื่องที่เกี่ยวข้องกับสิทธิมนุษยชน ในปฏิญญาสากลว่าด้วยสิทธิมนุษยชนได้บัญญัติรับรองไว้ว่า มนุษย์ทุกคนมีศักดิ์และสิทธิ (dignity and right) และถือว่าบุคคลมีสิทธิในมาตรฐานการครองชีพที่เพียงพอสำหรับการรักษาพยาบาล นอกจากนี้ในหลักการที่ถือปฏิบัติขององค์การอนามัยโลก (The World Health Organization: W.H.O) ซึ่งเป็นองค์กรที่พิทักษ์สิทธิเกี่ยวกับสุขภาพอนามัยของประชาชนทั่วโลก ยังได้ให้ความสนใจเกี่ยวกับสิทธิของผู้ป่วย โดยมุ่งหวังที่จะร่างกฎเกณฑ์ที่ยึดถือประโยชน์ของผู้ป่วยเป็นสำคัญ ประเด็นแรกผู้ป่วยควรจะมีสิทธิที่จะได้รับบริการเพื่อสุขภาพ (The right care)อันถือว่าเป็นสิทธิขั้นพื้นฐานที่ประชาชนทุกคนควรได้รับ ประเด็นที่สองผู้ป่วยควรจะมีสิทธิที่จะได้รับข้อมูลข่าวสารจากแพทย์ผู้รักษา (The rightto information) เพื่อการมีส่วนร่วมในการตัดสินใจในกระบวนรักษาพยาบาลประเด็นที่สาม ผู้ป่วยมีสิทธิที่จะปฏิเสธการรักษา (The rightpatient to refuse treatment) และประเด็นที่สี่ ผู้ป่วยมีสิทธิส่วนบุคคล (privacy right) ในอันที่จะไม่ถูกเปิดเผยข้อมูลอันเกี่ยวกับความเจ็บป่วยของเขาด้วย ซึ่งแพทย์มีหน้าที่ที่จะรักษาไว้เป็นความลับ

### 3.2 สิทธิของผู้ป่วยในกฎหมายรัฐธรรมนูญ

นอกจากแนวคิดเรื่องสิทธิธรรมชาติ จะเป็นที่มาของแนวคิดสิทธิมนุษยชน อันนำมาซึ่งสิทธิในทางสุขภาพหรือสิทธิที่จะได้รับการรักษาพยาบาลอย่างเสมอภาคเท่าเทียมกัน ดังได้กล่าวมาแล้วนั้น แนวคิดสิทธิธรรมชาติที่เป็นหลักกฎหมายสูงสุดและเป็นสิทธิพลเมืองยกขึ้นอ้างยันรัฐได้ (Civil rights) นี้ ต่อมายังได้คลี่คลายเป็นหลักกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศที่ยึดอุดมการณ์ประชาธิปไตยเป็นหลักในการปกครองประเทศ โดยเฉพาะอย่างยิ่งมีอิทธิพลอย่างสูงในกฎหมายรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกาและฝรั่งเศส อันเป็นผลมาจากการปฏิวัติในปี ค.ศ.1776 และ 1789 ตามลำดับ เห็นได้จากการประกาศอิสรภาพของชาวอเมริกา ปี ค.ศ.1776[53]ที่นำเอาหลักการสิทธิขั้นพื้นฐานตามแนวคิดของจอห์นล็อค และรุสโซ่ มากำหนดไว้อย่างชัดแจ้ง โดยประกาศว่า มนุษย์

---

[53]อัจฉรา วีระชาลี สิทธิผู้ป่วย. (2537). วิทยานิพนธ์ปริญญานิติศาสตรมหาบัณฑิต คณะนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ หน้า 18.

ทุกคนมีความเสมอภาคและเท่าเทียมกัน มีหลักประกันสิทธิในชีวิต เสรีภาพ และการแสวงหาความผาสุกให้แก่ตนเอง ซึ่งจะได้รับความคุ้มครองโดยรัฐที่ต้องได้รับความยินยอม พร้อมใจของประชาชน หลักการในประกาศอิสรภาพนี้ ต่อมากลายเป็นบทบัญญัติว่าด้วยสิทธิ (Bill of Rights) ในรัฐธรรมนูญของประเทศสหรัฐอเมริกา ส่วน ประเทศฝรั่งเศส ประกาศหลักการว่าด้วยสิทธิของมนุษย์และพลเมือง ปี ค.ศ.1791 ก็เป็นหลักการที่คล้ายคลึงกับประกาศอิสรภาพของประเทศสหรัฐอเมริกาเช่นกัน และต่อมาก็ได้นำไปบัญญัติไว้ในรัฐธรรมนูญของประเทศฝรั่งเศส ปี ค.ศ. 1793 และปี ค.ศ.1946 แต่หลักการและแนวคิดดังกล่าวมิได้กล่าวถึงสิทธิผู้ป่วยโดยตรง หากแต่รัฐธรรมนูญของหลายๆ ประเทศที่ยึดอุดมการณ์ประชาธิปไตยเป็นหลักได้ยึดหลักแนวคิดแบบปัจเจกนิยม (Individualism) รวมทั้งยอมรับในคุณค่าของความเป็นมนุษย์ ก็ถือได้ว่าเป็นการบัญญัติรับรองเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานให้กับผู้ป่วยได้ส่วนหนึ่ง

สำหรับประเทศไทยสิทธิของผู้ป่วยตามรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 มาตรา 52 “บุคคลย่อมมีสิทธิเสมอกันในการรับบริการทางสาธารณสุขที่ได้มาตรฐานและผู้ยากไร้มีสิทธิ ได้รับการรักษาพยาบาล จากสถานบริการสาธารณสุขของรัฐโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายทั้งนี้ตาม ที่กฎหมายบัญญัติการบริการทางสาธารณสุขของรัฐต้องเป็นไปอย่างทั่วถึงและมีประสิทธิภาพ โดยจะต้องส่งเสริมให้องค์กร ปกครองส่วนท้องถิ่น และ เอกชนมีส่วนร่วมด้วยเท่าที่จะกระทำได้การป้องกันและขจัดโรคติดต่ออันตรายรัฐต้องจัดให้แก่ประชาชน โดยไม่คิดมูลค่าและทันต่อ เหตุการณ์ทั้งนี้ตามที่กฎหมายบัญญัติ” รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 นี้จึงเป็นที่มาของการประกาศสิทธิของผู้ป่วย[54] และต่อมารัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 หมวด 9 สิทธิในการได้รับบริการสาธารณสุขและสวัสดิการ[55]ได้บัญญัติรับรองเกี่ยวกับสิทธิขั้นพื้นฐานให้กับผู้ป่วยไว้เช่นเดียวกับ” รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2540 แม้ปัจจุบันรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 จะถูกยกเลิกและใช้รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 แทนแต่สิทธิของผู้ป่วยตามรัฐธรรมนูญนี้ยังคงมีอยู่เช่นเดิมตามที่ได้บัญญัติคุ้มครองสิทธิไว้ในมาตรา 4[56]

### 3.3 อสิทธิของผู้ป่วยที่รับรองในกฎหมายอื่น

ตามที่กล่าวมาแล้วว่าสิทธิของผู้ป่วยซึ่งเป็นส่วนหนึ่งที่อยู่ในเรื่องของ สิทธิมนุษยชน โดย เมื่อมีการยอมรับหรือให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลแล้ว จะเกิดความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วย ซึ่งผู้ป่วยในฐานะที่เกิดเป็นมนุษย์ ผู้ป่วยย่อมมีสิทธิธรรมชาติที่จะมีสิทธิตัดสินใจโดยอิสระ ในการเลือกรับ หรือไม่รับกระบวนการทางการแพทย์ในการรักษาตัวเองได้ ผู้ป่วยจึงยอมรับ

---

[54]คำประกาศสิทธิของผู้ป่วย เมื่อวันที่ 16 เมษายน 2541 รายละเอียดตามภาคผนวก.

[55]มาตรา 51บุคคลย่อมมีสิทธิเสมอกันในการรับบริการทางสาธารณสุขที่เหมาะสมและได้มาตรฐาน และผู้ยากไร้มีสิทธิได้รับการรักษาพยาบาลจากสถานบริการสาธารณสุขของรัฐโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายบุคคลย่อมมีสิทธิได้รับการบริการสาธารณสุขจากรัฐซึ่งต้องเป็นไปอย่างทั่วถึงและมีประสิทธิภาพบุคคลย่อมมีสิทธิได้รับการป้องกันและขจัดโรคติดต่ออันตรายจากรัฐอย่างเหมาะสมโดยไม่เสียค่าใช้จ่ายและทันต่อเหตุการณ์.

[56]รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย (ฉบับชั่วคราว) พุทธศักราช 2557 มาตรา 4“ภายใต้บังคับบทบัญญัติแห่งรัฐธรรมนูญนี้ ศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์ สิทธิ เสรีภาพ และความเสมอภาค บรรดาที่ชนชาวไทยเคยได้รับการคุ้มครองตามประเพณีการปกครองประเทศไทย ในระบอบประชาธิปไตยอันมีพระมหากษัตริย์ทรงเป็นประมุขและตามพันธกรณีระหว่างประเทศที่ประเทศไทยมีอยู่แล้ว ย่อมได้รับการคุ้มครองตามรัฐธรรมนูญนี้”.

หรือให้ความยินยอมหรือปฏิเสธการตรวจรักษาจากแพทย์ได้ และความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วยที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของสัญญาระหว่างกัน โดยแต่ละฝ่ายมีสิทธิเท่าเทียมกัน จึงทำให้แพทย์มีหน้าที่บอกกล่าวทางการแพทย์ผู้ป่วย เพื่อให้ผู้ป่วยได้ใช้สิทธิที่จะตัดสินใจเลือกการรักษาพยาบาลตามความประสงค์ของตน และได้พัฒนาเป็นหลักกฎหมายเกี่ยวกับความยินยอมในการรักษาพยาบาลที่ได้รับการบอกกล่าวหรือการให้ความยินยอมหลังได้รับข้อมูล (Informed consent) ในหลายๆ ประเทศ รวมทั้งประเทศไทยด้วย แต่มีปัญหาว่าสิทธิดังกล่าวจะได้รับการยอมรับและคุ้มครองสิทธิตามกฎหมายได้อย่างเพียงพอมากน้องเพียงใดหรือไม่อย่างไร เนื่องจากในบางกรณียังมีการละเลยหรือเพิกเฉยต่อสิทธิและหน้าที่ประการนี้อยู่เนืองๆ จนเป็นเหตุแห่งความขัดแย้ง และนำไปสู่การฟ้องร้องทางการแพทย์อย่างต่อเนื่องเรื่อยมา

สิทธิของผู้ป่วยมีการรับรองไว้ในกฎหมายหลายฉบับ ทั้งในกฎหมายมหาชน และกฎหมายเอกชน สำหรับสิทธิของผู้ป่วยที่รับรองในกฎหมายมหาชนนั้น ตามนโยบายสาธารณะ รัฐมีหน้าที่รับผิดชอบในการส่งเสริมและคุ้มครองสุขภาพของประชาชนในประเทศของตน โดยได้มีการวางแนวนโยบายไว้ในบทบัญญัติรัฐธรรมนูญ ซึ่งรัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ.2550 หมวด 5 แนวนโยบายพื้นฐานแห่งรัฐ ได้มีการวางแนวนโยบายด้านการสาธารณสุขไว้ในมาตรา80[57] ซึ่งเกี่ยวข้องกับการรับรองสิทธิผู้ป่วยในการที่จะได้รับบริการด้านสุขภาพ หรือได้รับการรักษาพยาบาลอย่างเสมอภาคและเท่าเทียมกัน รวมทั้งการรับรองสิทธิผู้ป่วยในส่วนสิทธิส่วนบุคคล หรือสิทธิส่วนตัวของผู้ป่วย ในประเด็นนี้รัฐต้องสร้างดุลยภาพให้เกิดขึ้นระหว่างผลประโยชน์ด้านการสาธารณสุขที่มีผลต่อประชาชนโดยส่วนรวมกับการคุ้มครองสิทธิของปัจเจกบุคคลตามที่รัฐธรรมนูญรับรองสิทธิไว้ คือ ผู้ป่วย ที่มีสิทธิอิสระในการเลือกรูปแบบการรักษาพยาบาล รัฐจึงมีหน้าที่จัดหา หรือสร้างมาตรการที่เหมาะสมในการใช้สิทธิของผู้ป่วย และการปฏิบัติหน้าที่ของแพทย์ รวมทั้งคุ้มครองสิทธิของผู้ป่วยที่เกี่ยวกับความยินยอมในการรักษาพยาบาลที่ได้รับการบอกกล่าวหรือการให้ความยินยอมหลังได้รับข้อมูล (Informed consent) นอกจากนี้รัฐยังมีหน้าที่จัดหา มาตรการเพื่อความปลอดภัย กรณีผู้ป่วยได้รับหรือมีความเสี่ยงที่จะได้รับความเสียหาย หรืออันตรายจากการรักษาพยาบาล ซึ่งรัฐจะต้องจัดหาหรือสร้างมาตรการในทางปกครอง โดยรัฐออกกฎหมายเกี่ยวกับการควบคุมวิชาชีพและจริยธรรมทางการแพทย์ รวมทั้งรัฐจะต้องจัดหา หรือสร้างมาตรการเกี่ยวกับสิทธิของผู้ป่วยในฐานะ ผู้ป่วยหรือผู้รับการรักษา ตามกฎหมายอีกทางหนึ่งด้วย ในปัจจุบันได้มี พระราชการบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550

---

[57]รัฐธรรมนูญแห่งราชอาณาจักรไทย พ.ศ. 2550 มาตรา 80 บัญญัติไว้ว่า...

"รัฐต้องดำเนินการตามแนวนโยบายด้านสังคม การสาธารณสุข การศึกษา และวัฒนธรรม ดังต่อไปนี้

(1) คุ้มครองและพัฒนาเด็กและเยาวชน สนับสนุนการอบรมเลี้ยงดูและให้การศึกษาปฐมวัย ส่งเสริมความเสมอภาคของหญิงและชาย เสริมสร้างและพัฒนาความเป็นปึกแผ่นของสถาบันครอบครัวและชุมชน รวมทั้งต้องสงเคราะห์และจัดสวัสดิการให้แก่ผู้สูงอายุ ผู้ยากไร้ ผู้พิการหรือทุพพลภาพ และผู้อยู่ในสภาวะยากลำบาก ให้มีคุณภาพชีวิตที่ดีขึ้นและพึ่งพาตนเองได้

(2) ส่งเสริม สนับสนุน และพัฒนาระบบสุขภาพที่เน้นการสร้างเสริมสุขภาพอันนำไปสู่สุขภาวะที่ยั่งยืนของประชาชน รวมทั้งจัดและส่งเสริมให้ประชาชนได้รับบริการสาธารณสุขที่มีมาตรฐานอย่างทั่วถึงและมีประสิทธิภาพ และส่งเสริมให้เอกชนและชุมชนมีส่วนร่วมในการพัฒนาสุขภาพและการจัดบริการสาธารณสุข โดยผู้มีหน้าที่ให้บริการดังกล่าวซึ่งได้ปฏิบัติหน้าที่ตามมาตรฐานวิชาชีพและจริยธรรม ย่อมได้รับความคุ้มครองตามกฎหมาย..."

ซึ่งได้รับการกล่าวขานว่าเป็นกฎหมายฉบับแรกของประเทศไทย ที่จัดทำด้วยกระบวนการมีส่วนร่วมจากสังคมตั้งแต่เริ่มต้นจนเสร็จสมบูรณ์ กฎหมายฉบับนี้ จึงกลายมาเป็น “เครื่องมือใหม่” อีกชิ้นหนึ่งของสังคมไทย ที่จัดให้มีกลไกเปิดโอกาสให้ทุกฝ่ายในสังคมมาทำงานเรื่องสุขภาพด้วยกัน ด้วยรูปแบบและวิธีการที่หลากหลายพระราชการบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 จึงมีฐานะเป็น“ธรรมนูญสุขภาพของประเทศไทย” ส่วนจะถือได้หรือไม่ว่าจะเป็นมาตรการประการหนึ่งที่รัฐจะคุ้มครองรับรองแก่สิทธิผู้ป่วยและกฎหมายฉบับนี้ จะสามารถคุ้มครองสิทธิป่วยได้อย่างมีประสิทธิภาพหรือไม่อย่างไร ต้องพิจารณาและวิเคราะห์ในประเด็นนี้ต่อไป

สิทธิของผู้ป่วยมีการรับรองไว้ใน กฎหมายแพ่ง นั้น เมื่อมีการรักษาพยาบาลแล้วจะเกิดความสัมพันธ์ระหว่างแพทย์กับผู้ป่วย ที่ตั้งอยู่บนพื้นฐานของสัญญาระหว่างกัน โดยแต่ละฝ่ายมีสิทธิเท่าเทียมกัน จึงทำให้แพทย์มีหน้าที่บอกกล่าวทางการแพทย์กับผู้ป่วย ให้ทราบถึงรายละเอียดต่างๆ ในการรักษา เช่นผลดีหรือผลแทรกซ้อน ความเสี่ยงในการรักษา ก่อนที่จะ ความยินยอมในการรักษาพยาบาลเพื่อให้ผู้ป่วยได้ใช้สิทธิที่จะตัดสินใจเลือกการรักษาพยาบาลตามความประสงค์ของตน ซึ่งการบอกกล่าวหรือแจ้งข้อมูลอย่างถูกต้องและเพียงพอนี้ เป็นหน้าที่ตามมาตรฐานวิชาชีพ ในกรณีที่แพทย์ประพฤติผิดต่อหน้าที่ กล่าวคือ แจ้งข้อมูลน้อยกว่าเกณฑ์มาตรฐาน แพทย์อาจถูกฟ้องร้องฐานผิดสัญญาหรือประมาทในทางการแพทย์ได้ (Medical negligence) หรืออาจถูกฟ้องร้องและเรียกค่าสินไหมทดแทนในมูลละเมิด ที่มีมูลเหตุมาจากความประมาทเลินเล่อของแพทย์ผู้ให้การรักษาหรือความยินยอมของผู้ป่วยไม่มีผลตามกฎหมายและผู้ป่วยได้รับความเสียหายหรือได้รับอันตรายต่อร่างกายหรือจิตใจ

สิทธิของผู้ป่วยมีการรับรองไว้ในกฎหมายอาญา เนื่องจากการรักษาพยาบาลเป็นการกระทำต่อชีวิต ร่างกายสุขภาพอนามัยของผู้ป่วยโดยตรง ซึ่งบางกรณีการบำบัดรักษาทางการแพทย์อาจมีการกระทบต่อศักดิ์ศรีความเป็นมนุษย์และอาจก่อให้เกิดอันตรายแก่ร่างกาย หรือจิตใจของผู้ป่วย หากการบำบัดรักษาเป็นไปตามมาตรฐานวิชาชีพและได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยอย่างถูกต้องก็ไม่ถือว่าเป็นการทำร้ายร่างกายตามกฎหมายอาญา แต่บางกรณีผู้ประกอบวิชาชีพเวชกรรมอาจต้องรับผิดทางอาญาฐานทำร้ายร่างกายได้ หากผู้ป่วยมีภยันตรายแก่ร่างกาย จิตใจ หรือถึงแก่ชีวิตได้อันสืบเนื่องมาจากการรักษาพยาบาลได้กระทำไปโดยไม่ถูกต้องตามมาตรฐานวิชาชีพหรือไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยอย่างถูกต้องตามกฎหมาย ดังนั้นจึงต้องศึกษาอย่างละเอียดและพิจารณาถึงความเหมาะสมในการนำกฎหมายอาญามาบังคับใช้เพื่อเป็นการคุ้มครองแก่สิทธิของผู้ป่วยต่อไป ไม่ว่าจะเป็นกรณีที่เกิดจาการกระทำของแพทย์โดยเจตนาหรือโดยประมาท ก็ตาม

## 4. สิทธิของผู้ป่วยเกี่ยวกับการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาล

การให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลเป็นสิทธิของผู้ป่วยที่สำคัญ ที่ทำให้การกระทำการรักษาพยาบาลไม่เป็นการละเมิดเนื่องมาจากหลักกฎหมายที่ว่า ความยินยอมไม่เป็นละเมิด (Volenti non fit injuria) แต่อย่างไรก็ดีมีข้อยกเว้นตามที่กฎหมายกำหนดให้การรักษาพยาบาลโดยปราศจากการให้ความยินยอมได้

**4.1 ความหมายของการให้ความยินยอม**

ความยินยอมหมายความว่า “การจงใจปล่อยให้เหตุการณ์อย่างหนึ่งเกิดขึ้นโดยไม่ขัดขวาง ทั้งที่สามารถขัดขวางได้ แต่ความหมายเช่นนี้ยังไม่พอถือเป็นความยินยอมตามความหมายของกฎหมาย ซึ่งจะต้องเป็นการแสดงความประสงค์ที่จะให้เกิดเหตุการณ์เช่นนั้นขึ้น โดยการแสดงออกด้วยการกระทำอย่างหนึ่งโดยตนเอง หรือโดยให้ผู้อื่นกระทำแทนตน อันเป็นการแสดงความประสงค์นั้นต่อผู้กระทำเหตุการณ์นั้นเข้าใจว่าตนอนุญาตให้ทำทีเดียว ยกเว้นกรณีพิเศษอย่างยิ่งเท่านั้นที่การนิ่งไม่ขัดขวางอาจถือได้ว่าเป็นความยินยอม เพราะเป็นที่เข้าใจกันโดยปกติทั่วไปว่าการนิ่งในพฤติการณ์เช่นนั้นเป็นการยินยอม และการแสดงออกซึ่งความประสงค์อันถือได้ว่าเป็นความยินยอมนั้นอาจแสดงออกโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้”[58]

สำหรับความยินยอมของผู้เสียหายไม่ทำให้การกระทำเป็นละเมิดนั้น มีความเป็นมาในสมัยโรมันหากมีผู้กระทำละเมิดจนเป็นเหตุให้ผู้อื่นเกิดความเสียหายผู้ที่ได้รับความเสียหายจากการกระทำนั้นชอบที่จะแก้แค้นเอากับผู้ก่อความเสียหายให้สาสมซึ่งการแก้แค้นนี้ในกฎหมายยุโรปเรียกว่าหลักตาต่อตา ฟันต่อฟัน แต่ผู้เสียหายสามารถเลือกว่าจะแก้แค้นหรือจะให้อภัยต่อการกระทำนั้นโดยขอค่าทำขวัญแทนก็ได้ ในยุคต่อมาสังคมเจริญก้าวหน้าขึ้น สิทธิมนุษยชนได้รับการยอมรับมากขึ้น การแก้แค้นทดแทนเริ่มถูกมองว่าเป็นวิธีที่มีจุดเริ่มต้นขึ้นในกฎหมายโรมันที่ยอมรับการที่พลเมืองชาวโรมันขายตัวเองเป็นทาสได้ ต่อมาได้มีการนำเอาหลักนี้ไปประยุกต์ใช้กับกฎหมายละเมิดและส่งผลให้การกระทำละเมิดที่เกิดจากความยินยอมของผู้เสียหายไม่อาจนำคดีมาฟ้องร้องต่อศาลได้ไม่ว่าผู้เสียหายจะให้ความยินยอมโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ตามป่าเถื่อนจึงมีการพยายามแก้ไขโดยวิธีกำหนดค่าสินไหมทดแทนให้แก่ผู้ถูกกระทำละเมิดแทน[59]หลักความยินยอมของผู้เสียหายทำให้ไม่เป็นละเมิด เป็นหลักการที่มีจุดเริ่มต้นขึ้นในกฎหมายโรมันที่ยอมรับการที่พลเมืองชาวโรมันขายตัวเองเป็นทาสได้ ต่อมาได้มีการนำเอาหลักนี้ไปประยุกต์ใช้กับกฎหมายละเมิดและส่งผลให้การกระทำละเมิดที่เกิดจากความยินยอมของผู้เสียหายไม่อาจนำคดีมาฟ้องร้องต่อศาลได้ไม่ว่าผู้เสียหายจะให้ความยินยอมโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ตาม

**4.2 การให้ความยินยอมที่ได้รับคำบอกกล่าว (Informed consent )**

โดยสภาพในการรักษาของแพทย์ งานส่วนใหญ่ของแพทย์ถ้าไม่มีความยินยอมของผู้ป่วยที่เกี่ยวข้องจะถือเป็นการทำร้ายผู้อื่นในตัว (Assault and battery)[60]แต่เหตุที่แพทย์ให้บริการรักษาคนไข้ได้ โดยไม่มีความผิดฐานทำร้ายผู้อื่น เนื่องมาจากหลักกฎหมายที่ว่า **ความยินยอมไม่เป็นละเมิด** (Volenti non fitinjuria )[61]

ข้อกฎหมายที่ว่าด้วยที่ว่า ความยินยอมไม่เป็นละเมิดนั้น เป็นหลักกฎหมายที่อาจกล่าวได้ว่าไม่ใช่กฎหมายที่ใช้เฉพาะระบบจารีตประเพณีเท่านั้น แต่ถือว่าเป็นฐานกฎหมายในเรื่องเจตนาและการยอมรับความเสี่ยงในกฎหมายระบบต่างๆ ทั่วๆ ไป ด้วยเหตุนี้การที่แพทย์สามารถ

---

[58]จิตติ ติงศภัทิย์. (2537). คำอธิบายประมวลกฎหมายอาญา ภาค 1 กรุงเทพฯ หน้า 682,685.

[59]ประมวลกฎหมายอาญาภาคความผิด.

[60]นพพร โพธิรังสียากร. (2556). ปัญหาข้อกฎหมาย เกี่ยวกับทุรเวชปฏิบัติ จากการรักษาทางการแพทย์ หน้า 7.

[61]เรื่องเดียวกัน หน้า 7.

รักษาคนไข้โดยไม่มีความผิดทางกฎหมาย ก็เนื่องมาจากข้อกฎหมายที่ว่าด้วยที่ว่า ความยินยอมไม่เป็นละเมิดนั่นเองหลักไม่เป็นละเมิดถือเป็นส่วนสำคัญทำให้สภาพของงานแพทย์และบุคลากรด้านสาธารณสุขจะมีการกระทำที่ถือได้ว่าเป็นความผิดในตัวหากไม่ได้รับความยินยอมจากบุคคลที่เกี่ยวข้อง ไม่ว่าการแตะต้องตัวของผู้ป่วย การใช้ของแหลมแทง ใช้มีดผ่าตัดผู้ป่วย การตัดอวัยวะบางส่วนออกจากร่างกายผู้ป่วย หรือการวางยาสลบผู้ป่วย เหล่านี้เป็นการทำอันตรายแก่กายของผู้ป่วยทั้งสิ้น รวมทั้งในการปฏิบัติงานของแพทย์อาจจะมีการกระทำที่มีผลกระทบต่อจิตใจของคนไข้ที่เกี่ยวข้อง เช่น สั่งให้ผู้ป่วยหญิงถอดเสื้อผ้า แล้วใช้มือจับต้อง[62] การกระทำดังกล่าว หากไม่มีความยินยอมจากผู้ป่วยแล้วจะถือว่าเป็นความผิดในตัวเองทั้งสิ้น ซึ่งอาจจะเป็นความรับผิดในฐานละเมิดทางแพ่ง หรืออาจถึงขั้นเป้นความผิดอาญาด้วย

ความยินยอมของผู้ป่วยจะเกิดขึ้นก็เนื่องจากผู้ป่วยต้องได้รับการชี้แจงและเปิดเผยข้อมูลจากแพทย์ว่าจะมีการรักษาอย่างไร และการรักษาดังกล่าวจะมีความเสี่ยงอย่างไรบ้างที่จะเกิดขึ้นแก่ผู้ป่วยเพื่อให้ผู้ป่วยรับรู้รายละเอียดและตัดสินใจที่จะยอมรับผลแห่งความเสี่ยงดังกล่าว จึงเป็นที่มาของความยินยอมไม่เป็นละเมิด และการให้ข้อมูลเพื่อที่จะให้ผู้ป่วยทราบวิธีการปฏิบัติตัวร่วมกับแพทย์ในการกำหนดทางเลือกในการรักษา รับรู้ความเสี่ยงในการรักษาของทางเลือกแต่ละอย่าง เพื่อให้ผู้ป่วยตัดสินใจว่าจะให้ความยินยอมในการรักษาหรือไม่[63]

แต่อย่างไรก็ดีปัญหาในเรื่องความยินยอมไม่เป็นละเมิดนี้ น่าจะเป็นปัญหาที่มีการถกเถียงในการรักษาทางการแพทย์มาเป็นเวลาช้านาน โดยแพทย์ในอดีตนั้นมีความเชื่อว่าแพทย์ย่อมมีหน้าที่ในการดูแลรักษาผู้ป่วยอย่างดีที่สุด ในหลายครั้งการที่แพทย์จะแจ้งข้อมูลข่าวสารต่างๆ ไม่ว่าจะเป็นเรื่องวิธีการรักษาหรือความเสี่ยงที่จะเกิด อาจจะเป็นเรื่องยากที่จะทำให้ผู้ป่วย ซึ่งมีภาวะวิตกจริตหรือมีความเข้าใจในเรื่องวิชาการแพทย์ได้น้อยอยู่แล้ว อาจจะปฏิเสธความร่วมมือ ทำให้การรักษาเกิดขึ้นได้ยาก หรือไม่อาจจะใช้การรักษาที่ดีที่สุดให้ประสบผลสำเร็จได้ อุปสรรคและข้อวิตกกังวลเหล่านี้ จึงกลายเป็นอุปสรรคในการรักษาของแพทย์ ด้วยเหตุนี้แพทย์จึงเชื่อว่า ถ้าแพทย์มีความตั้งใจในการรักษาคนไข้อย่างดีท่าสุดแล้ว หากจะต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยบางครั้ง ผู้ป่วยอาจเป็นอุปสรรคต่อการรักษาและจะเป็นผลเสียต่อคนไข้เอง

ในเรื่องดังกล่าวได้ปรากฏเหตุเสมอมาว่าในอดีตกาล แพทย์มักจะไม่ใส่ใจในความยินยอมของผู้ป่วย ดังเช่น กรณีหมอชีวกโกมารภัจจ์ ได้ทำการรักษาพระเจ้าจัณฑปัชโชต แห่งกรุงอุชเชนีแคว้นอวันตี ซึ่งพระเจ้าจัณฑปัชโชตมีความรังเกียจเนยใสไม่ยินยอมให้แพทย์ใส่เนยใสในโอสถที่จะรักษาพระองค์ หมอชีวกโกมารภัจจ์เข้าไปเป็นส่วนประกอบสำคัญของยาแล้วหุง เพื่อให้มีสีกลิ่นรสเหมือนน้ำฝาด นำขึ้นถวายพระเจ้าจัณฑปัชโชตโดยแจ้งว่าเป็นน้ำฝาดและขอช้างภัททวดี ซึ่งเป็นช้างที่เดินเร็วที่สุดเป็นค่ารักษา จากนั้นหมอชีวกโกมารภัจจ์รีบขึ้นช้างภัททวดีหนีจากเมือง
อุชเชนีแคว้นอวันตี กลับกรุงราชคฤห์ แคว้นมคธในทันที[64]

---

[62]คำพิพากษาศาลฎีกาที่ 1325/2498.

[63]นพพร โพธิรังสียากร. (2556). ปัญหาข้อกฎหมาย เกี่ยวกับทุรเวชปฏิบัติ จากการรักษาทางการแพทย์ หน้า 8.

[64]พระไตรปิฎก เล่มที่ 5 พระธรรมวินัยปิฎก เล่มที่ 5 มหาวรรค ภาค 2.

สิทธิของผู้ป่วยมีที่มาหลายแห่ง โดยที่มาประการหนึ่ง คือ หลักกฎหมายสิทธิมนุษยชน ซึ่งมีหลักเสรีนิยม (principle of autonomy) และสิทธิในการกำหนดชีวิตตนเอง (right to self-determination) เป็นหลักการขั้นพื้นฐาน หลักการทั้งสองมีสาระสำคัญ คือ เจ้าของชีวิตต้องเป็นผู้เลือก หรือยินยอมให้ผู้อื่นมากระทำกับชีวิต ร่างกาย ทรัพย์สิน หรือสิทธินั้น เมื่อนำหลักการทั้งสองมาประยุกต์ใช้เรื่องสิทธิของผู้ป่วย จึงทำให้การรักษาพยาบาลที่จะเป็นผลต่อชีวิตร่างกายของผู้อื่น ต้องให้ผู้เป็นเจ้าของชีวิตเป็นผู้ให้ความยินยอมด้วยตนเอง แต่ทั้งนี้ การใช้สิทธิตามหลักเสรีนิยม ดังกล่าว ต้องอยู่ภายใต้หลักจริยธรรม และศีลธรรมด้วย

แนวคิดเสรีนิยม เป็นผลให้ผู้ป่วยมีอำนาจตัดสินใจเรื่องกระบวนการรักษาพยาบาลตามคำแนะนำของแพทย์ ดังนั้น แม้ว่าแพทย์ หรือบุคลากรด้านสาธารณสุขจะเข้าใจประเด็นทางการแพทย์ พยาธิสภาพประวัติของผู้ป่วย รูปแบบ และสภาพการรักษาพยาบาลเป็นอย่างดี แต่ผู้ป่วยจะต้องเป็นผู้ตัดสินใจในกระบวนการรักษาพยาบาลนั้นเอง เพราะจากแนวคิดเสรีนิยม จะถือว่า ผู้ป่วยเท่านั้นที่จะรู้คุณค่าของชีวิตผู้ป่วยเอง (patient's own value) แต่ผู้ป่วยจะเลือก หรือสั่งบังคับให้แพทย์รักษาในวิธีอื่น นอกจากที่แพทย์เสนอไม่ได้

ด้วยเหตุผลดังกล่าวนี้เอง ทำให้ผู้ป่วยมีสิทธิที่จะได้รับข้อมูลทางการแพทย์ที่จะเป็นอย่างเพียงพอต่อการตัดสินใจว่าจะยินยอมให้รักษาพยาบาล หรือไม่

**4.3 ผู้มีอำนาจให้ความยินยอมตามกฎหมาย**

ผู้ให้ความยินยอมต้องเป็นผู้มีความสามารถในการให้ความยินยอมโดยวิธีการให้ความยินยอมอาจแสดงออกด้วยการกระทำอย่างหนึ่งโดยตนเองหรือให้ผู้อื่นกระทำแทนตนซึ่งทำให้เข้าใจว่าตนอนุญาตให้ทำยกเว้นแต่ในกรณีพิเศษอย่างยิ่งเท่านั้นที่การนิ่งไม่ขัดขวางอาจถือได้ว่าเป็นความยินยอมเพราะเป็นที่เข้าใจกันโดยปกติทั่วไปว่าการนิ่งเช่นนั้นเป็นการยินยอมและการแสดงออกซึ่งความประสงค์อันถือได้ว่าเป็นความยินยอมอาจแสดงออกโดยชัดแจ้งหรือโดยปริยายก็ได้

ก) ผู้ป่วยที่มีความสามารถตามกฎหมาย และมีสติสัมปชัญญะที่สมบูรณ์ โดยไม่ได้อยู่ภายใต้การควบคุม กดดัน หรือสภาวะใดๆ ที่อาจทำให้การตัดสินใจเบี่ยงเบนไปจากความประสงค์ที่แท้จริง เช่น ไม่ได้รับยาที่มีผลออกฤทธิ์ต่อจิตประสาท เสพสุรา สิ่งเสพติด หรือ ไม่ได้อยู่ในภาวะจิตเสื่อมจากภาวะสมองผิดปกติ (dementia) เป็นต้น

ข) ผู้แทนโดยชอบธรรม ในที่กรณีผู้ป่วยไม่สามารถให้ความยินยอมได้ เช่น ผู้ป่วยเป็นเด็กที่ยังไม่มีความสามารถที่จะเข้าใจในสาระสำคัญของการเจ็บป่วย และการรักษาพยาบาล หรือกรณีที่ผู้ป่วยที่ไม่รู้สึกตัว หมดสติ ไม่มีสติสัมปชัญญะสมบูรณ์เพียงพอที่จะเข้าใจสาระสำคัญของการเจ็บป่วย และการรักษาพยาบาล เป็นต้น

ในกรณีดังกล่าว ในต่างประเทศจะมีกฎหมายภายในระดับพระราชบัญญัติ หรือรัฐบัญญัติ (Act) ให้อำนาจไว้ว่า หากมีการเจ็บป่วยเกิดขึ้นแก่ผู้บกพร่องในความสามารถนั้น บุคคลใดสามารถให้ความยินยอมได้บ้าง และสามารถให้การรักษาได้มากน้อยเพียงใด และโดยวิธีใด นอกจากนั้นในบางประเทศยังกำหนดให้บุคคลผู้มีความสามารถตามกฎหมาย สามารถทำหนังสือมอบอำนาจแต่งตั้งให้บุคคลอื่นสามารถให้ความยินยอมแทนได้ในกรณีที่ผู้นั้นอยู่ในสภาพไม่รู้สึกตัว (unconscious

stage) หรือในภาวะผัก (vegetablestage) โดยถือว่าความยินยอมของผู้แทนนั้น เป็นความยินยอมของผู้ป่วย[65]

**4.4 ความยินยอมของผู้เยาว์**

ก่อนที่จะกล่าวถึงความยินยอมของผู้เยาว์ที่เกี่ยวข้องกับการรักษาพยาบาล ขอแสดงให้เห็นว่าความยินยอมดังกล่าว ไม่ใช่นิติกรรมเพราะผู้เสียหายซึ่งแสดงเจตนาให้ความยินยอมดังกล่าวมิได้ให้ความยินยอมในลักษณะที่ว่าให้ผู้กระทำมีสิทธิการะทำการอันนั้นได้แต่อย่างใด ใครก็ตามแม้จะได้รับความยินยอมให้กระทำการอื่นใด ย่อมไม่มีสิทธิที่จะทำให้มีการเปลี่ยนแปลงผลในการกระทำนั้นในทางกฎหมายแต่อย่างใด พูดอีกนัยหนึ่งก็คือ ผู้เสียหายให้ความยินยอมมิได้แสดงเจตนากระทำนิติกรรมตามที่กฎหมายอนุญาตให้ทำได้ ในความเห็นของนักกฎหมายเห็นว่าการให้ความยินยอมของผู้เสียหายนั้นความจริงแล้วเป็นการที่ผู้เสียหายสละประโยชน์ที่กฎหมายให้ความคุ้มครองที่ให้ไว้แก่บุคคลที่ได้รับผลร้ายนั่นเอง อาจเรียกได้ว่าเป็นนิติเหตุอย่างหนึ่ง[66]

สำหรับหลักความยินยอมไม่เป็นละเมิดทางแพ่ง หรือ Volenti non fit injuriaมีตัวอย่างแสดงให้เห็นว่าความยินยอมไม่ใช่นิติกรรม ก็คือเรื่องอายุของผู้เสียหายที่จะให้ความยินยอม ซึ่งตามหลักเกณฑ์ของความยินยอมแล้วแม้ผู้เสียหายจะยังไม่บรรลุนิติภาวะตามกฎหมาย แต่หากผู้เสียหายนั้นสามารถที่จะเข้าใจในผลที่จะเกิดขึ้นเพราะความยินยอมของตนได้แล้ว ความยินยอมเช่นนั้นก็สามารถนำมาใช้อ้างเพื่อยกเว้นความผิดฐานละเมิดได้[67] ซึ่งถ้าหากความยินยอมของผู้เสียหายมีลักษณะเป็นนิติกรรม เกณฑ์ในเรื่องอายุของผู้ให้ความยินยอมก็ต้องถือตามเกณฑ์การบรรลุนิติภาวะด้วย กล่าวคือ บุคคลจะให้ความยินยอมได้ต้องมีอายุ 20 ปีบริบูรณ์แล้วเท่านั้น แต่เมื่อความยินยอมไม่ใช่นิติกรรม การให้ความยินยอมจึงไม่จำต้องถือตามเกณฑ์การบรรลุนิติภาวะ

สำหรับกฎหมายไทยนั้นแม้ยอมรับกันว่าความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพด้านสาธารณสุขกับผู้ป่วย มีลักษณะเป็นสัญญาตามหลักกฎหมายแพ่ง แต่ความยินยอมในการรักษาพยาบาลไม่ใช่นิติกรรม เนื่องจากลักษณะสำคัญของนิติกรรมประเภทหนึ่ง คือ การมุ่งแสดงเจตนาผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคลเพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับสิทธิ[68]หากพิจารณาถึงเจตนาของความยินยอมให้แพทย์รักษาพยาบาล จะเห็นได้ว่าเป็นการอนุญาตให้แพทย์สามารถรักษาอาการเจ็บป่วยทางกาย หรือจิตใจที่เกิดขึ้นกับผู้ป่วยตามหลักวิชา ซึ่งหากแพทย์ได้กระทำตามความยินยอม ดังกล่าวแล้ว ผู้ป่วยจะไม่มีสิทธิฟ้องร้องดำเนินคดีกับแพทย์ทั้งทางแพ่ง และทางอาญา เพราะฉะนั้นเจตนารมณ์ของการให้ความยินยอม จึงไม่ได้มุ่งสร้างความสัมพันธ์ในทางกฎหมายระหว่างผู้ป่วย กับแพทย์

---

[65]ชนภัทร วินยวัฒน์. (2551). ความยินยอมในการรักษาพยาบาล : สิทธิของผู้ป่วยที่ถูกละเลย วารสารนิติศาสตร์ มหาวิทยาลัยนเรศวรปีที่ 1 ฉบับที่ 1 หน้า99.

[66]อักขราทร จุฬารัตน์. (2521). “ความยินยอมของผู้เสียหายในคดีอาญา” *วารสารนิติศาสตร์* มหาวิทยาลัยธรรมศาสตร์ ฉบับที่ 1 ปีที่ 9 หน้า61.

[67]คำพิพากษาฎีกาที่ 578/2513.

[68]ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 149 “นิติกรรม หมายความว่า การใดๆ อันทำลงโดยชอบด้วยกฎหมายและด้วยใจสมัคร มุ่งโดยตรงต่อการผูกนิติสัมพันธ์ขึ้นระหว่างบุคคล เพื่อจะก่อ เปลี่ยนแปลง โอน สงวน หรือระงับซึ่งสิทธิ”.

เมื่อความยินยอมไม่ใช่นิติกรรม จึงไม่ได้นำหลักเกณฑ์ที่เกี่ยวเนื่องกับการทำนิติกรรมมาใช้ โดยเฉพาะอย่างยิ่ง หลักเกณฑ์เกี่ยวกับความสามารถของบุคคลที่กำหนดให้นิติกรรมส่วนใหญ่ที่ผู้เยาว์ทำลงตกเป็นโมฆียะ[69] เมื่อไม่นำหลักเกณฑ์เรื่องความสามารถมาใช้บังคับผู้เยาว์ จึงสามารถให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลด้วยตนเองได้ แต่ปัญหาต่อมาคือ ผู้เยาว์ประเภทใดที่สามารถให้ความยินยอมได้โดยสมบูรณ์ เนื่องจาก อำนาจในการให้ความยินยอมย่อมเป็นของบิดามารดาด้วยเหตุที่บิดามารดาย่อมมีอำนาจ และหน้าที่อุปการะเลี้ยงดูบุตร[70]โดยเฉพาะอย่างยิ่ง เมื่อบุตรยังไม่สามารถพึ่งพาตนเองได้ แต่ในบางกรณีเช่น ผู้เยาว์อยู่กับพี่เลี้ยง หรือครู หรือบุคคลอื่นเพียงชั่วครั้งชั่วคราว บุคคลผู้ดูแลผู้เยาว์เป็นการชั่วคราว ย่อมสามารถให้ความยินยอมที่จะรักษาพยาบาลได้เท่าที่จำเป็น และเป็นการเล็กน้อยเท่านั้น เช่น ผู้เยาว์ได้รับอุบัติเหตุศีรษะแตก ครูพาส่งโรงพยาบาล ครูย่อมให้ความยินยอมในการเย็บแผลผู้เยาว์ได้ แต่หากมีภาวะเสี่ยงอันตรายถึงขนาดต้องผ่าตัดสมองนั้น ครูจะยินยอมให้แพทย์ผ่าตัดไม่ได้ ซึ่งในกรณีนี้แพทย์ต้องรอติดต่อบิดามารดาของผู้เยาว์นั้นเพื่อมาใช้สิทธิแทนผู้ป่วยก่อนที่จะทำการผ่าตัด[71] เว้นแต่ว่า เป็นกรณีฉุกเฉิน ที่เป็นข้อยกเว้นที่สามารถรักษาได้โดยไม่ต้องอาศัยความยินยอมจากผู้ป่วย

ในกรณีที่ผู้เยาว์สามารถให้ความยินยอมได้ด้วยตนเอง หรือไม่นั้น นอกจากจะพิจารณาจากอายุ และวุฒิภาวะของผู้เยาว์นั้นแล้ว ยังต้องประเมินศักยภาพของผู้เยาว์ที่จะเข้าใจในสาระสำคัญของการรักษาพยาบาล และยังต้องพิจารณาจากลักษณะอาการและการรักษาด้วย เช่น การเจ็บป่วยเล็กน้อยการรักษาไม่ซับซ้อน ผู้เยาว์สามารถให้ความยินยอมได้ด้วยตนเอง ส่วนการรักษาซับซ้อนหากได้แจ้งบิดามารดาของผู้เยาว์นั้นแล้ว แต่บิดามารดาไม่เห็นด้วยกับความยินยอมของผู้เยาว์ หรือกรณีความคิดเห็นของเด็ก และบิดามารดาขัดแย้งกัน เช่น กรณีที่ผู้เยาว์ตั้งครรภ์จากการถูกข่มขืนกระทำชำเรา และผู้เยาว์ต้องการจะทำแท้ง แต่บิดามารดาต้องการให้ผู้เยาว์นั้นตั้งครรภ์ต่อไป เช่นนี้บุคลากรด้านสาธารณสุขมีหน้าที่ต้องรับฟัง และเชื่อในความยินยอมของผู้เยาว์ก่อน เพราะตามหลักเสรีนิยม ต้องเคารพอำนาจการตัดสินใจของผู้ป่วย ตามสิทธิที่จะกำหนดชีวิตของ แต่ทั้งนี้ ต้องคำนึงถึงหลักวิชาการทางวิชาชีพ และประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วยด้วย เช่น สุขภาพของผู้ป่วย สถานะทางสังคม เศรษฐกิจของผู้ป่วย เป็นต้น

### 4.5 ลำดับของผู้แทนโดยชอบธรรมที่ใช้สิทธิแทนผู้ป่วย

สิทธิของผู้ป่วยเกี่ยวกับการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลนั้นเป็นสิทธิของผู้ป่วยที่สำคัญประการแรกที่จะนำไปสู่การรักษาพยาบาลที่ชอบด้วยกฎหมาย ในทางปฏิบัติ โรงพยาบาล

---

[69]ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 21 “ผู้เยาว์จะทำนิติกรรมใดๆ ต้องได้รับความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรมก่อน การใดๆ ที่ผู้เยาว์ได้ทำลงปราศจากความยินยอมเช่นว่านั้นเป็นโมฆียะ เว้นแต่จะบัญญัติไว้เป็นอย่างอื่น”

[70]ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1564 “บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูและให้การศึกษาตามสมควรแก่บุตรในระหว่างที่เป็นผู้เยาว์ บิดามารดาจำต้องอุปการะเลี้ยงดูบุตรซึ่งบรรลุนิติภาวะแล้วแต่เฉพาะผู้ทุพพลภาพและหาเลี้ยงตนเองมิได้”

[71]. ตามคำประกาศสิทธิ ฉบับ 16 เมษายน 2541 ข้อ10 และ ฉบับ 12 สิงหาคม 2558 ข้อ 9

“บิดา มารดา หรือผู้แทนโดยชอบธรรม อาจใช้สิทธิแทนผู้ป่วยที่เป็นเด็กอายุยังไม่เกินสิบแปดปีบริบูรณ์ ผู้บกพร่องทางกายหรือจิตซึ่งไม่สามารถใช้สิทธิด้วยตนเองได้”

ส่วนใหญ่จะมีหนังสือแสดงเจตนาขอรับการตรวจรักษาพยาบาล ไว้เพื่อเป็นหลักฐานว่าได้รับความยินยอมจากผู้ป่วย โดยหนังสือแสดงแสดงความยินยอมรับการตรวจรักษาพยาบาล[72] นั้น มักเป็นรูปแบบ และมีข้อความในสาระสำคัญ คล้ายคลึงกัน ดังนี้

**หนังสือแสดงความยินยอมรับการตรวจรักษาพยาบาล**

โดยหนังสือฉบับนี้ ข้าพเจ้านาย / นาง / นางสาว.....อายุ.....ปี ในฐานะเป็น ☐ ผู้ป่วย☐ ผู้แทนโดยชอบธรรม ในฐานะเป็น.....ของผู้ป่วย ชื่อ ด.ช. / ด.ญ. / นาย/นาง / นางสาว..... ได้รับทราบเรื่องการตรวจรักษาและข้อความในหนังสือแสดงความยินยอมรับการตรวจรักษาพยาบาลจากแพทย์ / บุคลากรของโรงพยาบาล..... จึงยินยอมให้แพทย์ /บุคลากรของโรงพยาบาลดำเนินการทุกอย่างที่เกี่ยวกับการตรวจรักษาพยาบาล/ ผ่าตัด /ให้ยาระงับความรู้สึก เพื่อประโยชน์ต่อชีวิตและสุขภาพของผู้ป่วยได้ตลอดจนเสร็จกระบวนการรักษาพยาบาล

ข้าพเจ้า ขอให้ถือหนังสือแสงดความยินยอมฉบับนี้ มีผลใช้บังคับตลอดระยะเวลาที่ ผู้ป่วยอยู่ในโรงพยาบาล และยินยอมที่จะปฏิบัติตามระเบียบของโรงพยาบาลทุกประการ

ลงชื่อ..... ☐ ผู้ป่วย ☐ ผู้แทนโดยชอบธรรม

(.....)

ลงชื่อ.....☐ แพทย์ ☐ บุคลากรของโรงพยาบาล

(.....)

ตำแหน่ง.....

วันที่..... / ..... / ..... เวลา..... น.

**<u>หมายเหตุ</u>** “ผู้แทนโดยชอบธรรม” อาจใช้สิทธิแทนผู้ป่วยที่เป็นที่มีอายุไม่เกิน 18 ปีบริบูรณ์ ผู้บกพร่องทางกาย หรือจิต ซึ่งไม่สามารถใช้สิทธิด้วยตนเองได้ หมายถึง ผู้แทนโดยชอบธรรมอาจใช้สิทธิแทนผู้ป่วยตามลำดับ ต่อไปนี้บิดามารดาสามี ภรรยา ญาติ/ผู้ปกครอง

หนังสือแสดงความยินยอมรับการตรวจรักษาพยาบาลของโรงพยาบาลบางแห่งได้ระบุลำดับ เช่น บิดามารดาสามี ภรรยา การให้ความยินยอมดังกล่าว จะเห็นว่าเป็นการกำหนดลำดับโดยอาศัยหลักเกณฑ์เทียบได้กับลำดับการรับมรดกของทายาทโดยธรรมตามกฎหมายมรดก[73] ซึ่งไม่

---

[72]ตามตัวอย่าง หนังสือแสดงความยินยอมรับการตรวจรักษาพยาบาลในภาคผนวก ค.

[73]ประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์มาตรา 1629“ทายาทโดยธรรมมีหกลำดับเท่านั้น และภายใต้บังคับแห่งมาตรา 1630 วรรค2 แต่ละลำดับมีสิทธิได้รับมรดกก่อนหลังดั่งต่อไปนี้ คือ

(1) ผู้สืบสันดาน

(2) บิดามารดา

(3) พี่น้องร่วมบิดามารดาเดียวกัน

(4) พี่น้องร่วมบิดาหรือร่วมมารดาเดียวกัน

(5) ปู่ ย่า ตา ยาย

(6) ลุง ป้า น้า อา

สามารถนำกฎหมายมรดกมาใช้บังคับโดยอนุโลมกับการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลได้ เพราะวัตถุประสงค์ของกฎหมายมรดกมีเจตนารมณ์ที่จะจัดการเกี่ยวกับทรัพย์สินของผู้ตาย เพื่อให้มีผู้รับมรดกสืบเนื่องกันไม่ขาดสาย ในขณะที่การให้ความยินยอมรักษาพยาบาล เป็นการจัดการเกี่ยวกับชีวิตและร่างกายของผู้ป่วย จึงต้องอาศัยความสัมพันธ์ที่ใกล้ชิดระหว่างผู้ป่วยและผู้แทนโดยชอบธรรมทั้งยังต้องคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วยเป็นสำคัญอีกด้วย

อนึ่งตามพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 มาตรา 8 วรรคสอง ซึ่งบัญญัติว่า “ความยินยอมในการรักษาพยาบาลดังกล่าวมิให้ใช้บังคับกับกรณีดังต่อไปนี้ (1) ผู้รับบริการอยู่ในภาวะที่เสี่ยงอันตรายถึงชีวิตและมีความจำเป็นต้องให้ความช่วยเหลือเป็นการรีบด่วน (2) ผู้รับบริการไม่อยู่ในฐานะที่จะรับทราบข้อมูลได้ และไม่อาจแจ้งให้บุคคลซึ่งเป็นทายาทโดยธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์...แสดงให้เห็นว่าพระราชบัญญัตินี้มีวัตถุประสงค์หรือมีเจตนารมณ์ที่จะจัดการเกี่ยวกับชีวิตและร่างกายของผู้ป่วย มิใช่การจัดการเกี่ยวกับทรัพย์สินหรือมรดกแต่อย่างใด

นอกจากนี้หนังสือแสดงความยินยอมรับการตรวจรักษาพยาบาลของโรงพยาบาลบางแห่งได้ระบุลำดับของผู้ให้ความยินยอมได้แก่[74]

(1) ผู้ป่วย กรณีบรรลุนิติภาวะและมีสติสัมปชัญญะสมบูรณ์

(2) สามีหรือภรรยาตามกฎหมายและฝ่ายหนึ่งฝ่ายใดไม่มีสติสัมปชัญญะ (ไม่รู้สึกตัว)

(3) ผู้แทนโดยชอบธรรม กรณีผู้ป่วยยังไม่บรรลุนิติภาวะ

(4) ผู้อนุบาล กรณีผู้ป่วยเป็นคนวิกลจริต หรือคนไร้ความสามารถ

(5) ผู้พิทักษ์ กรณีเป็นผู้เสมือนไร้ความสามารถ

การระบุลำดับของผู้ให้ความยินยอมตามหนังสือดังกล่าว อาจจะกำหนดโดยเทียบเคียงกับพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติที่กำหนดว่า...ทายาทโดยธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้ปกครอง ผู้ปกครองดูแล ผู้พิทักษ์ หรือผู้อนุบาลของผู้รับบริการ แล้วแต่กรณี รับทราบข้อมูลแทนในขณะนั้นได้...[75]

อย่างไรก็ตามหนังสือหนังสือแสดงความยินยอมรับการตรวจรักษาพยาบาลดังกล่าวในเรื่องการให้ความยินยอมของผู้แทนโดยชอบธรรม และการระบุลำดับของผู้ให้ความยินยอมยังมีทั้งปัญหาทั้งในทางข้อกฎหมายที่ขัดกับหลักความยินยอมสากล และปัญหาในทางการปฏิบัติกล่าวคือ ผู้แทนโดยชอบธรรม” อาจใช้สิทธิแทนผู้ป่วยที่มีอายุไม่เกิน 18 ปีบริบูรณ์นั้น ได้กล่าวมาแล้วในข้อ 4.4 ข้างต้น สรุปความว่าความยินยอมไม่ใช่นิติกรรม ซึ่งตามหลักเกณฑ์ของความยินยอมแล้วแม้ผู้ป่วยจะยังไม่บรรลุนิติภาวะตามกฎหมาย แต่หากผู้ป่วยนั้นสามารถที่จะเข้าใจในผลที่จะเกิดขึ้นเพราะความยินยอมของตนได้แล้ว ความยินยอมเช่นนั้นก็สามารถนำมาใช้อ้างเพื่อยกเว้นความผิดฐานละเมิดได้

---

คู่สมรสที่ยังมีชีวิตอยู่นั้นก็เป็นทายาทโดยธรรม ภายใต้บังคับของบทบัญญัติพิเศษแห่งมาตรา 1635

[74]ตามตัวอย่าง หนังสือแสดงความยินยอมรับการตรวจรักษาพยาบาลในภาคผนวก ค

[75]พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติพ.ศ.2550 มาตรา 8 วรรคสอง “ความยินยอมในการรักษาพยาบาลดังกล่าวมิให้ใช้บังคับกับกรณีดังต่อไปนี้(1)ผู้รับบริการอยู่ในภาวะที่เสี่ยงอันตรายถึงชีวิตและมีความจำเป็นต้องให้ความช่วยเหลือเป็นการรีบด่วน(2) ผู้รับบริการไม่อยู่ในฐานะที่จะรับทราบข้อมูลได้ และไม่อาจแจ้งให้บุคคลซึ่งเป็นทายาทโดยธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้ปกครอง ผู้ปกครองดูแล ผู้พิทักษ์ หรือผู้อนุบาลของผู้รับบริการ แล้วแต่กรณี รับทราบข้อมูลแทนในขณะนั้นได้”

### 4.6 ข้อยกเว้นของการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาล

แม้หลักกฎหมายทางการแพทย์โดยทั่วไปจะเห็นว่า ความยินยอมของผู้ป่วยเป็นเงื่อนไขสำคัญในการรักษาพยาบาล แต่มีบางกรณี ที่บุคลากรทางการแพทย์สามารถรักษาพยาบาลผู้ป่วยได้โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยเสียก่อน โดยมีข้อยกเว้นดังนี้

#### *4.6.1 การรักษาพยาบาลกรณีฉุกเฉิน (Emergency)*

การรักษาพยาบาลกรณีฉุกเฉิน ได้แก่ กรณีที่บุคลากรด้านสาธารณสุขไม่สามารถสื่อสารกับผู้ป่วย หรือไม่สามารถติดต่อกับญาติผู้ป่วยผู้มีอำนาจให้ความยินยอมแทน และการรักษานั้น เป็นสิ่งจำเป็นต่อตัวของผู้ป่วย เพราะเป็นกรณีเกิดอันตรายคุกคามต่อชีวิต ตัวอย่างเช่น ผู้ป่วยถูกรถชน ศีรษะกระแทกถนนอย่างแรง เป็นเหตุให้เลือดคลั่งในสมอง จำเป็นต้องผ่าตัดเอาเลือดในสมองออก แพทย์สามารถผ่าตัดได้เลย ไม่ต้องขอความยินยอมจากผู้ป่วย

กรณีการรักษาผู้ป่วยด้วยวิธีฉุกเฉินที่จะทำให้บุคลากรด้านสาธารณสุขพ้นจากความรับผิด มีเงื่อนไข 3 อย่าง คือ

(1) บุคลากรทางการแพทย์ต้องมีเหตุอันควรเชื่อตามหลักวิชาได้ว่า การรักษาพยาบาลคนไข้ควรมีขึ้น เพื่อหลีกเลี่ยงภยันตรายอย่างร้ายแรง และสำคัญที่ใกล้จะมาถึง ที่อาจเป็นอันตรายต่อชีวิต หรือร่างกาย หรือจิตใจของคนไข้

(2) บุคลากรด้านสาธารณสุขดังกล่าว ต้องปฏิบัติตามหลักวิชาการ

(3) การรักษาพยาบาลคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วย

ด้วยเหตุดังกล่าว การรักษาด้วยวิธีฉุกเฉิน จึงพิจารณาจากสุขภาพของผู้ป่วยเป็นสำคัญ ไม่ใช่พิจารณาจากความสะดวก ของบุคลากรด้านสาธารณสุขที่จะรักษาผู้ป่วยนั้น เช่น เมื่อผู้ป่วยมาพบแพทย์ เนื่องจาก มีประจำเดือนผิดปกติ ผลการตรวจได้ความว่าทีพังผืดในมดลูก แพทย์จึงผ่าตัดเพื่อเลาะพังผืดออก แต่แพทย์เห็นว่า ผู้ป่วยไม่จำเป็นต้องมีบุตรอีกแล้ว จึงได้ตัดสินใจทำหมันให้ในทันที เพราะสะดวกแก่การผ่าตัด การที่แพทย์ทำหมันให้ผู้ป่วยดังกล่าว จะอ้างเหตุฉุกเฉินปฏิเสธความรับผิดไม่ได้[76]

แม้ความยินยอมของผู้ป่วยเป็นเงื่อนไขสำคัญในการรักษาพยาบาล แต่ความยินยอมในการรักษาพยาบาลดังกล่าวมิให้ใช้บังคับกับกรณีดังต่อไปนี้ (1) ผู้รับบริการอยู่ในภาวะที่เสี่ยงอันตรายถึงชีวิตและมีความจำเป็นต้องให้ความช่วยเหลือเป็นการรีบด่วน (2) ผู้รับบริการไม่อยู่ในฐานะที่จะรับทราบข้อมูลได้ และไม่อาจแจ้งให้บุคคลซึ่งเป็นทายาทโดยธรรมตามประมวลกฎหมายแพ่งและพาณิชย์ ผู้ปกครอง ผู้ปกครองดูแล ผู้พิทักษ์ หรือผู้อนุบาลของผู้รับบริการ แล้วแต่กรณี รับทราบข้อมูลแทนในขณะนั้นได้[77]

#### *4.6.2 การรักษาพยาบาลกรณีจำเป็น (Necessity)*

ความจำเป็นเป็นอีกเหตุหนึ่งที่บุคลากรทางการแพทย์สามารถรักษาพยาบาลผู้ป่วย ได้โดยไม่ต้องรับความยินยอมจากผู้ป่วย ความจำเป็นที่สามารถรักษาผู้ป่วยได้โดยไม่ต้องได้รับ

---

[76]ชนภัทร วินยวัฒน์. (2551). ความยินยอมในการรักษาพยาบาล : สิทธิของผู้ป่วยที่ถูกละเลย *วารสารนิติศาสตร์* มหาวิทยาลัยนเรศวรปีที่ 1 ฉบับที่ 1 หน้า 106.

[77]พระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติพ.ศ.2550 มาตรา 8 วรรคสอง.

ความยินยอมเป็นหลักกฎหมายทั่วไปที่มีเงื่อนไขว่า หากพฤติการณ์ปรากฏว่า ผู้ป่วยไม่อยู่ในสภาวะให้ความยินยอมได้ และขณะนั้น ผู้ป่วยยังอยู่ในสภาวะที่ไม่เป็นอันตรายถึงชีวิตแพทย์สามารถให้การรักษาได้เท่าที่จำเป็น ตัวอย่างเช่น กรณีคนไข้เสียสติ หรือสูญเสียความทรงจำได้รับอันตรายบาดเจ็บเล็กน้อย หรือกรณีผู้ป่วยวิกลจริตที่รับการรักษาอาการเจ็บป่วยธรรมดา เช่น ไข้หวัด เป็นต้น แพทย์สามารถรักษาพยาบาลได้ตามสมควร

ดังนั้น หากเป็นกรณีบุคลากรทางการแพทย์ไม่สามารถของความยินยอมจากผู้ป่วย ไม่ว่าจะเป็นการถาวร หรือเป็นการชั่วคราว และบุคลากรทางการแพทย์นั้น ได้ทำการรักษาพยาบาลด้วยวิธีการ ซึ่งตามปกติบุคลากรทางการแพทย์ผู้อื่นก็จะรักษาพยาบาลด้วยวิธีเดียวกันนั้น ทั้งการรักษาพยาบาลดังกล่าว เป็นไปเพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วยในการรักษาพยาบาลนั้นย่อมทำได้แม้จะไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ป่วยก็ตาม

แม้ว่า กรณีฉุกเฉิน และกรณีจำเป็นจะมีส่วนเหมือนกัน กล่าวคือ เป็นกรณีที่แพทย์ไม่สามารถขอความยินยอมจากผู้ป่วยได้ แต่เหตุจำเป็นมีความหมายกว้างกว่าเหตุฉุกเฉิน เพราะกรณีจำเป็นครอบคลุมรักษาพยาบาลกรณีการบาดเจ็บที่ยังไม่เป็นอันตรายต่อชีวิต แต่เหตุฉุกเฉินจำกัดเฉพาะเหตุที่ใกล้จะเกิดอันตรายต่อชีวิตของผู้ป่วย

การกระทำความผิดด้วยความจำเป็น ตามประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 67[78] แตกต่างจากความจำเป็นในเรื่องการรักษาพยาบาลโดยไม่ได้รับความยินยอม เพราะความจำเป็นในทางกฎหมาย หมายถึงกรณีที่ผู้กระทำความผิด ได้กระทำความผิดโดยมีเหตุจูงใจ เพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นจากภยันตรายที่ใกล้จะถึง และผู้กระทำความผิดไม่สามารถหลีกเลี่ยงให้พ้นภยันตรายนั้นด้วยวิธีอื่น ผู้นั้นจึงต้องกระทำความผิดอาญาต่อผู้อื่นที่มาคุกคามชีวิตตน แต่กรณีความจำเป็นในเรื่องการรักษาพยาบาล ไม่ใช่กรณีแพทย์ถูกภยันตรายอื่นคุกคาม แต่เป็นเรื่องที่แพทย์ไม่สามารถขอความยินยอมจากผู้ป่วยได้ แพทย์จึงจำต้องกระทำการบางอย่างเพื่อให้ผู้ป่วยหายจากการเจ็บป่วย

***4.6.3 กรณีการรักษาพยาบาลตามที่กำหนด (Treatment according the law)***

ในต่างประเทศมีกฎหมายให้อำนาจบุคลากรทางการแพทย์สามารถตรวจรักษาผู้ป่วย หรือบุคคลอื่นได้ โดยไม่จำต้องได้รับความยินยอมจากผู้นั้น เป็นต้นว่า กฎหมายที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานของรัฐส่งตัวผู้ต้องหาไปตรวจจิตกับจิตแพทย์ หากสงสัยว่าผู้ต้องหาป่วยเป็นโรคจิตและยังมีอำนาจควบคุมตัวบุคคลดังกล่าวไว้ได้ด้วย หรือกรณีกฎหมายที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานตรวจระดับแอลกอฮอล์ในเลือดสำหรับผู้ป่วยที่ได้รับอุบัติเหตุจากรถ (motor accident) และได้เข้าพักรักษาตัว (admit) ในโรงพยาบาล หรือกรณีการบังคับให้ตรวจร่างกายเท่าที่จำเป็นในกรณีการรักษาและการป้องกันโรคติดต่อบางประเภท

---

[78]ประมวลกฎหมายอาญา มาตรา 67 บัญญัติว่า ผู้ใดกระทำความผิดด้วยความจำเป็น

(1) เพราะอยู่ในที่บังคับ หรือภายใต้อำนาจ ซึ่งไม่สามารถหลีกเลี่ยงหรือขัดขืนได้ หรือ

(2) เพราะเพื่อให้ตนเองหรือผู้อื่นพ้นจากภยันตรายที่ใกล้จะถึงและไม่สามารถหลีกเลี่ยงให้พ้นโดยวิธีอื่นใดได้ เมื่อภยันตรายนั้นตนมิได้ก่อให้เกิดขึ้นเพราะความผิดของตน

ถ้าการกระทำนั้นไม่เป็นการเกินสมควรแก่เหตุแล้ว ผู้นั้นไม่ต้องรับโทษ

กรณีกฎหมายที่ให้อำนาจเจ้าพนักงานของรัฐส่งตัวผู้ต้องหาไปตรวจจิตกับจิตแพทย์ หากสงสัยว่าผู้ต้องหาป่วยเป็นโรคจิต และยังมีอำนาจควบคุมตัวบุคคลดังกล่าวไว้ได้ด้วยนั้น มีกฎหมายบัญญัติไว้ ตามพระราชบัญญัติสุขภาพจิตแห่งชาติ พ.ศ.2551 ซึ่งมีหลักเกณฑ์ดังนี้

โดยหลักการบำบัดรักษาจะกระทำได้ต่อเมื่อผู้ป่วยให้ความยินยอมและได้รับการอธิบายเหตุผลความจำเป็นในการบำบัดรักษา รายละเอียดและประโยชน์ของการบำบัดรักษา ตามมาตรา 21[79] แต่มีข้อยกเว้นไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วย ซึ่งเป็นไปตาม มาตรา 22 “ถ้าต้องรับผู้ป่วยไว้ในสถานพยาบาลของรัฐหรือสถานบำบัดรักษา ความยินยอมต้องทำเป็นหนังสือและลงลายมือชื่อผู้ป่วยเป็นสำคัญในกรณีที่ผู้ป่วยมีอายุไม่ถึงสิบแปดปีบริบูรณ์ หรือขาดความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมรับการบำบัดรักษา ให้คู่สมรส ผู้บุพการี ผู้สืบสันดาน ผู้ปกครอง ผู้พิทักษ์ ผู้อนุบาล หรือผู้ซึ่งปกครองดูแลบุคคลนั้น แล้วแต่กรณี เป็นผู้ให้ความยินยอมแทนหนังสือให้ความยินยอม... คำอธิบาย มาตรานี้[80]ได้บัญญัติสอดคล้องกับพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 มาตรา 8 วรรคหนึ่ง ที่บัญญัติว่า“ในการบริการสาธารณสุข บุคลากรด้านสาธารณสุขต้องแจ้งข้อมูลด้านสุขภาพที่เกี่ยวข้องกับการให้บริการ ให้ผู้รับบริการทราบอย่างเพียงพอที่ผู้รับบริการจะใช้ประกอบการตัดสินใจ ในการรับหรือไม่รับบริการใด และกรณีที่ผู้รับบริการปฏิเสธไม่รับการบริการใด จะให้บริการนั้นไม่ได้”หลักการข้อนี้ ตามหลักคอมมอนลอว์ เรียกว่า Informed Concent หมายความว่า เมื่อผู้ป่วยจะยอมรับบริการทางการแพทย์ชนิดใด ผู้ป่วยต้องได้รับการอธิบายจากผู้ให้บริการ ถึงเหตุผลของการให้บริการนั้น วิธีการของบริการนั้น ตลอดจนผลดีและผลร้ายที่อาจเกิดจากบริการนั้นๆ ก่อนที่เขาจะตัดสินใจยอมรับบริการนั้น ถ้าผู้รับบริการยินยอมรับบริการโดยสำคัญผิด หรือโดยไม่ได้รับข้อมูลที่เกี่ยวกับบริการนั้นไม่พอเพียง ผู้ให้บริการอาจต้องรับผิดชอบทางกฎหมายได้ (Malpractice) สำหรับกฎหมายไทยนั้น ถ้ายอมรับกันว่าความสัมพันธ์ระหว่างผู้ประกอบวิชาชีพด้านสาธารณสุขกับผู้ป่วยมีลักษณะเป็นสัญญาตามหลักกฎหมายแพ่ง ถ้าผู้ป่วยไม่ได้รับคำอธิบายเกี่ยวกับการให้บริการนั้น สัญญานั้นย่อมไม่สมบูรณ์เช่นกัน (4) บทบัญญัติในพระราชบัญญัติสุขภาพแห่งชาติ พ.ศ.2550 นั้นเป็นบททั่วไปใช้กับผู้ป่วยทุกประเภท แต่ในพระราชบัญญัติสุขภาพจิตนี้ ใช้กับผู้ป่วยที่มีความผิดปกติทางจิตโดยเฉพาะ และต้องมีข้อยกเว้นตามมาตรา 22 เพราะลักษณะที่บัญญัติไว้ในมาตรานี้ เป็นกรณีที่กฎหมายบังคับให้ต้องได้รับการบำบัดรักษา โดยไม่จำเป็นต้องได้รับความยินยอมจากตัวผู้ป่วย สำหรับวรรคสองนั้น บัญญัติถึงกรณีที่ผู้ป่วยที่มีความผิดปกติทางจิตทั่วไปที่ไม่มีลักษณะตามมาตรา 22 ถ้าจะเข้ารับการรักษาเป็นผู้ป่วยในของโรงพยาบาลของรัฐ หรือสถานบำบัดรักษา การยินยอมของผู้ป่วยต้องทำเป็นหนังสือ และผู้ป่วยลงลายมือชื่อไว้ด้วยสำหรับวรรคสามบัญญัติไว้ชัดว่า ผู้ป่วยอายุต่ำกว่า 18 ปีบริบูรณ์ หรือผู้ที่ขาดความสามารถในการตัดสินใจให้ความยินยอมรับการบำบัดรักษาบุคคลต่อไปนี้ คนใดคนหนึ่งแล้วแต่กรณี เป็นผู้ให้ความยินยอมแทน ซึ่งได้แก่ คู่สมรส บุพการี ผู้สืบสันดาน ผู้ปกครอง ผู้พิทักษ์ ผู้อนุบาลหรือ ผู้ที่ปกครองดูแลบุคคลนั้น

---

[79]พระราชบัญญัติ สุขภาพจิตแห่งชาติ พ.ศ.2551 มาตรา 21.

[80]สาระสำคัญของพระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ. 2551 สถาบันกัลยาณ์ราชนครินทร์ กรมสุขภาพจิต กระทรวงสาธารณสุขหน้า 37.

ข้อยกเว้นไม่ต้องได้รับความยินยอมจากผู้ป่วย ซึ่งเป็นไปตาม มาตรา 22 บุคคลที่มีความผิดปกติทางจิตในกรณีใดกรณีหนึ่งดังต่อไปนี้เป็นบุคคลที่ต้องได้รับการบำบัดรักษา (1) มีภาวะอันตราย (2) มีความจำเป็นต้องได้รับการบำบัดรักษา “ภาวะอันตราย น่าจะได้แก่ผู้ที่พยายามฆ่าตัวตายทุกราย ที่มีพฤติกรรมผิดปกติทางอารมณ์ ความคิด หรือเป็นผลจากการเสพสารออกฤทธิ์ต่อจิตและประสาท หรือผู้ที่มีพฤติกรรมคุกคามทำร้ายผู้อื่น หรือทำลายทรัพย์สินทั้งของคนอื่นหรือผู้อื่น โดยไม่ปรากฏมูลเหตุจูงใจสำหรับกรณีมีความจำเป็นต้องได้รับการบำบัดรักษานั้น ก็ได้แก่ ผู้ที่มีความผิดปกติทางจิตที่ไม่อาจปล่อยไว้โดยไม่ได้รับการรักษา เพราะจะทำให้โรคหรืออาการผิดปกติทวีความรุนแรงขึ้น”[81]

### *4.6.4 กรณีประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วย (Best Interests of the Patient)*

ในประเทศอังกฤษ ได้นำหลักการรักษาพยาบาลเพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วย มาเป็นเงื่อนไขประการหนึ่งในการรักษาด้วยความจำเป็น โดยถือว่า ในกรณีที่ผู้ป่วยไม่สามารถให้ความยินยอมได้ ถ้าแพทย์ได้รักษาผู้ป่วยนั้นโดยคำนึงถึงประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วย และสอดคล้องกับความเห็นของแพทย์ที่มีความชำนาญเฉพาะทางในการวินิจฉัยและการบำบัดรักษา การรักษาดังกล่าว สามารถกระทำได้แม้จะไม่ได้รับความยินยอมจากผู้ป่วย

การรักษาเพื่อประโยชน์สูงสุดของผู้ป่วยมีตัวอย่างของที่เห็นได้ชัด คือ การทำหมันคนปัญญาอ่อน ซึ่งแพทย์เฉพาะทางที่มีความชำนาญในเรื่องการดูแลผู้ป่วยจิตเวชต่างมีความเห็นสอดคล้องกันว่า ควรจะทำหมันหญิงปัญญาอ่อน เพื่อป้องกันการตั้งครรภ์ หากหญิงนั้นถูกกระทำชำเรา

### *4.6.5 การรักษาพยาบาลกรณีผู้ป่วยฆ่าตัวตาย*

การฆ่าตัวตาย (suicide) หมายถึง การที่บุคคลหนึ่งเจตนาจบชีวิตของตนลงด้วยความสมัครใจ ดังนั้น กรณีผู้ป่วยฆ่าตัวตาย (intention suicide) จึงแตกต่างจากผู้ป่วยที่ต้องการยุติการรักษา (refusal to be treated) เพราะกรณีแรกเป็นเจตนาที่จะฆ่าตัวตายแต่แรก อันเป็นการกระทำที่ผิดต่อศีลธรรม แต่กรณีหลังผู้ป่วยเข้ามารักษาตัวแต่แรก แต่ต่อมาผู้ป่วยได้ใช้สิทธิตามกฎหมายที่จะไม่รักษาอีกต่อไป ซึ่งกรณีนี้ บุคลากรทางการแพทย์ต้องเคารพสิทธิของผู้ป่วยด้วยการยุติรักษาพยาบาล ดังกล่าว

ด้วยเหตุที่การฆ่าตัวตาย เป็นการเจตนาจบชีวิตของตนเอง ดังนั้น กรณีผู้ป่วยลงมือฆ่าตัวตาย ย่อมเป็นข้อสันนิษฐานในเบื้องต้นว่า ผู้ป่วยไม่ยินยอมให้เจ้าหน้าที่การแพทย์ได้รักษาชีวิตของตนเอง

หลักกฎหมายสิทธิมนุษยชนประการหนึ่ง คือ หลักความศักดิ์สิทธิ์ของการมีชีวิตที่เคารพศักดิ์ศรีของความเป็นมนุษย์ ดังนั้น ตามแนวคิดนี้การฆ่าตัวตายจึงเป็นการขัดต่อหลักความศักดิ์สิทธิ์ของการมีชีวิตอย่างร้ายแรง เพราะเป็นการทำลายชีวิตที่ถือว่าเป็นสิ่งศักดิ์สิทธิ์ที่ควรเคารพ ด้วยเหตุนี้ ในบางประเทศจึงมีกฎหมายให้อำนาจบุคลากรทางการแพทย์ไว้อย่างชัดเจนว่าสามารถใช้กำลังตามที่เห็นสมควร (use reasonable force) เพื่อที่จะป้องกันบุคคลไม่ให้ฆ่าตัวตาย

---

[81]สาระสำคัญของพระราชบัญญัติสุขภาพจิต พ.ศ. 2551 สถาบันกัลยาณ์ราชนครินทร์ กรมสุขภาพจิต กระทรวงสาธารณสุขหน้า 37.

ข้อจำกัดของการรักษาพยาบาลผู้ป่วยที่ฆ่าตัวตาย ที่แพทย์ไม่จำเป็นต้องขอความยินยอมจากผู้ป่วย คือ การปฏิบัติของบุคลากรทางการแพทย์ต้องเพียงแค่ช่วยเหลือผู้ป่วยให้พ้นจากภยันตรายในขั้นจะเกิดต่อชีวิต (life-threatening stages) เท่านั้น แต่ถ้าเป็นการรักษาพยาบาลในอาการต่อๆ มา แพทย์ต้องขอความยินยอมจากผู้ป่วยด้วย เช่น ผู้ป่วยพยายามกินน้ำยาล้างห้องน้ำฆ่าตัวตาย แต่น้ำยากัดที่ผิวหน้าด้วย แพทย์สามารถรักษาพยาบาลเกี่ยวกับอาการเจ็บป่วยที่เกิดจากการกินยาฆ่าตัวตายได้โดยไม่ต้องขอความยินยอมจากผู้ป่วย แต่แพทย์จะถือโอกาสรักษาแผลเป็นที่ใบหน้าต่อไปโดยพลการไม่ได้[82]

สิทธิผู้ป่วยเป็นความชอบธรรมที่ผู้ป่วยหรือผู้รับบริการที่ใช้ยันกับบุคคลอื่นหรือผู้ให้บริการซึ่งได้แก่ผู้ประกอบวิชาชีพด้านสุขภาพทุกสาขา เพื่อคุ้มครองหรือรักษาผลประโยชน์อันเป็นส่วนพึงมีพึงได้ของตนโดยไม่ละเมิดสิทธิผู้อื่นจึงควรร่วมกันพิทักษ์สิทธิผู้ป่วย เพื่อก่อให้เกิดความเข้าใจและความรู้สึกที่ดีรวมทั้งความสัมพันธ์ที่ดีระหว่างผู้ให้บริการและผู้รับบริการทางด้านการแพทย์และสาธารณสุข ลดความขัดแย้ง ไม่ก่อให้เกิดปัญหาการฟ้องร้อง และเพื่อนำไปสู่การรักษาพยาบาลที่ดีมีคุณภาพตรงตามมาตรฐานวิชาชีพ โดยสิทธิของผู้ป่วยเกี่ยวกับการให้ความยินยอมในการรักษาพยาบาลนั้นเป็นสิทธิของผู้ป่วยที่สำคัญประการแรกที่จะนำไปสู่การรักษาพยาบาลที่ชอบด้วยกฎหมาย ซึ่งจะได้นำเสนอในบทต่อไป

---

[82]ชนภัทร วินยวัฒน์. (2551). ความยินยอมในการรักษาพยาบาล : สิทธิของผู้ป่วยที่ถูกละเลย *วารสารนิติศาสตร์* มหาวิทยาลัยนเรศวรปีที่ 1 ฉบับที่ 1 หน้า 109.